

**Verzahnung der Gesellschaftsverträge in der
echten GmbH & Co. KG**

**Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades**

**der Juristischen Fakultät
der Universität Regensburg**

vorgelegt von

Marc Zattler

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Jörg Fritzsche
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

Tag der mündlichen Prüfung: 23.02.2005

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	IV
1. KAPITEL: EINLEITUNG	1
I. BEDEUTUNG DER GMBH & Co. KG ALS GESELLSCHAFTSFORM	1
II. WESEN UND VORTEILE DER GMBH & Co. KG	1
III. HISTORISCHER RÜCKBLICK ZUR ENTWICKLUNG DER GMBH & Co. KG	3
1. <i>Handelsrechtliche Anerkennung</i>	3
2. <i>Steuerrechtliche Anerkennung</i>	4
3. <i>Fazit</i>	5
IV. PROBLEMAUFRISS: DISKREPANZ VON GMBH- UND KG-VERTRAGSRECHT	5
1. <i>Die „Echte“ GmbH & Co. KG</i>	5
2. <i>Die „Unechte“ GmbH & Co. KG</i>	6
3. <i>Gestaltungsbedarf</i>	6
V. GANG DER DARSTELLUNG	7
2. KAPITEL: HARMONISIERUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON KG UND KOMPLEMENTÄR-GMBH	7
I. GESELLSCHAFTERBESCHLÜSSE UND STIMMRECHT	7
1. <i>Problemaufriss: Mehrheitsbeschlüsse (GmbH) bzw. Einheitlichkeit der Willensbildung (KG)</i>	8
a) Grundsätzliche Rechtslage	8
b) Problematik der Gesellschaftsauflösung	8
2. <i>Fazit: Erfordernis der Schaffung einer Einheitsversammlung</i>	8
3. <i>Angleichung der Rechtslage in der KG an diejenige der Komplementär-GmbH</i>	10
a) Ermöglichung von Mehrheitsbeschlüssen	10
aa) Bestimmtheitsgrundsatz	10
(1) Grundsätzliche Anforderungen der Rechtsprechung	11
(2) Einschränkung der Rechtsprechung	11
(3) Der Bestimmtheitsgrundsatz: Auch Mittel zur inhaltlichen Begrenzung von Mehrheitsentscheidungen?	12
(a) Ausgangspunkt	12
(b) Beschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes auf das Gebot einer hinreichenden Ermächtigung der Mehrheit	13
(4) Bestimmtheitsgrundsatz als Auslegungsregel	14
(5) Gewährleistung der Inhaltskontrolle durch die Kernbereichslehre	15
(a) Rechtfertigung eines Kernbereichseingriffs	17
(b) Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre	17
(6) Jüngste Entwicklung der Rechtsprechung	18
(a) Keine Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes	18
(b) Inhaltskontrolle	18
bb) Konsequenzen für die kautelarjuristische Praxis	19
(1) Transparenzgebot	20
(2) Bestimmtheitsgrundsatz	21
b) Einberufung und Ablauf der Gesellschafterversammlung	22
c) Stimmrecht der Gesellschafter	22
aa) Grundsätzliche Regelung in GmbH und KG	23
(1) Gesetzliche Regelung der Stimmrechtsmacht in der KG	23
(2) Gesetzliche Regelung der Stimmrechtsmacht in der GmbH	23
bb) Angleichung der Rechtslage	24
cc) Ausschluss der Komplementär-GmbH vom Stimmrecht	24
(1) Gesellschaftsvertragliche Möglichkeiten des Stimmrechtsausschlusses	25
(2) Stimmrechtsausschluss durch fehlende Kapitalbeteiligung der GmbH am Gesellschaftsvermögen der KG	25
(a) Handelsrechtliche Zulässigkeit der fehlenden Kapitalbeteiligung	26
(b) Schranken der Kernbereichslehre	26
(aa) Rechtslage für GmbH-Gesellschaftern und Kommanditisten	26

(bb) Rechtslage für die Komplementär-GmbH	26
(cc) Stellungnahme	27
(c) Auswirkungen der fehlenden Kapitalbeteiligung auf die Gewinn- und Verlustbeteiligung	27
(aa) Handelsrechtliche Zulässigkeit der fehlenden Gewinnbeteiligung	28
(bb) Haftungsfolgen der fehlenden Verlustbeteiligung	28
(d) Auswirkungen der fehlenden Kapitalbeteiligung auf die Gesellschafterstellung insgesamt	30
(e) Ergebnis	30
4. Klauselformulierung	30
II. GEWINNBEZUGSRECHT UND KAPITALERHÖHUNG	33
1. Gewinnbezugsrecht	33
a) Grundsätzliche Regelung	33
b) Einschränkung durch die gesellschaftliche Treuepflicht	34
c) Einschränkungen durch den Gesellschaftsvertrag	35
aa) Regelung der Entnahmebeschränkung	36
(1) Regelung einer Mindestgewinnausschüttung	36
(2) Behandlung des über den Mindestbetrag hinausgehenden Gewinns	37
(3) Schranken der gesellschaftsvertraglichen Entnahmebeschränkung	37
(a) Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB und Inhaltskontrolle nach §§ 242, 315 ff. BGB	38
(b) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz	38
(c) Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre	39
bb) Behandlung der ausgenommen Beträge	39
d) Klauselformulierung	40
2. Kapitalerhöhungen	42
a) Problemaufriss	42
b) Grundsätzliche Regelung	42
c) Problematik der mehrheitlichen Beschlussfassung	43
d) Schranken der mehrheitlichen Beschlussfassung	43
aa) Bestimmtheitsgrundsatz	43
bb) Kernbereichslehre	43
(1) Belastungsverbot	44
(2) Zwischenergebnis	44
cc) Gleichbehandlungsgrundsatz	44
e) Auswirkungen auf die Haftsumme	45
f) Auswirkungen auf die Rechtslage in der GmbH	45
g) Klauselformulierung	45
III. INFORMATIONSRECHT DER GESELLSCHAFTER	46
IV. MAßNAHMEN DES GESELLSCHAFTERS	46
1. Austritt aus der Gesellschaft durch Kündigung	46
a) Grundsätzliche Regelung bei Komplementär-GmbH und KG	46
b) Austritt aus der KG im Wege der außerordentlichen Kündigung	47
aa) § 133 HGB als Regelung der außerordentlichen Kündigung	47
bb) Nebeneinander von Auflösungsklage und Kündigung aus wichtigem Grund	48
cc) Stellungnahme	48
(1) Grundsätzlich anerkannte Fälle eines außerordentlichen Austrittsrechts	48
(2) Anerkennung und Beschränkung eines generellen außerordentlichen Austrittsrechts hinsichtlich Fällen fehlerhaften Beitritts	49
(3) Gerichtliche Anordnung des Ausscheidens als Ausfluss des ultima ratio Gedankens	49
dd) Vertragsgestaltung	50
ee) Klauselformulierung	51
c) Austritt aus der Komplementär-GmbH	51
aa) Ordentliches Austrittsrecht	52
(1) Allgemein anzuerkennendes ordentliches Austrittsrecht	52
(2) Gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines ordentlichen Austrittsrechts	53
bb) Außerordentliches Austrittsrecht	53
cc) Rechtsfolgen der Austrittskündigung	54
dd) Folgerungen für die Ausgestaltung der Kündigungsklausel	55
ee) Abnahmepflicht der GmbH	55

ff)	Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters nach der Austrittserklärung: Problematik des automatischen Ruhens der Mitgliedschaftsrechte	56
gg)	Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Rechtsstellung des Gesellschafters	58
(1)	Gesellschaftsvertragliche Anordnung des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte	58
(2)	Gesellschaftsvertragliche Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens	59
hh)	Klauselformulierung	59
d)	Anpassung des Gesellschaftsvertrags der KG	59
aa)	Vorüberlegungen	59
bb)	Klauselformulierung	60
2.	<i>Rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft: Abtretung und Belastung der Beteiligung</i>	60
a)	Übertragung der Beteiligung	60
aa)	Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG	60
bb)	Konkrete Vertragsgestaltung in GmbH und KG	61
(1)	Gestaltung des GmbH-Vertrages	61
(a)	Ausschluss der Abtretbarkeit	61
(b)	Beschränkung der Abtretbarkeit	61
(aa)	Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschaft	62
(bb)	Möglichkeit der Übertragung auf andere Entscheidungsträger	64
(cc)	Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschafterversammlung	65
(dd)	Übertragung der Zuständigkeit auf „die Gesellschafter“	66
(ee)	Übertragung der Zuständigkeit auf andere Gesellschaftsorgane oder gesellschaftsfremde Dritte	67
(ff)	Stellungnahme	67
(gg)	Klauselformulierung	70
(2)	Gestaltung des KG-Vertrages	70
(a)	Zustimmungsvorbehalt	70
(b)	Klauselformulierung	71
b)	Belastung der Beteiligung	71
aa)	Verpfändung des GmbH- bzw. KG-Anteils	72
(1)	Grundsätzliche Rechtslage bei GmbH und GmbH & Co. KG	72
(2)	Gestaltung der GmbH-Satzung	73
(a)	Vinkulierung	73
(b)	Bestellung des Pfandrechts	73
(c)	Klauselformulierung	74
(3)	Gestaltung des KG-Vertrages	74
(a)	Zustimmungsvorbehalt	74
(b)	Klauselformulierung	74
(4)	Verwertung	74
(a)	Vorüberlegungen	74
(b)	Klauselformulierung	75
bb)	Nießbrauch am GmbH- bzw. GmbH & Co. KG- Anteil	76
(1)	Grundsätzliche Rechtslage bei GmbH und KG	76
(2)	Gestaltung des GmbH-Vertrags	77
(a)	Vinkulierung	77
(b)	Bestellung des Nießbrauchs	78
(c)	Klauselformulierung	78
(3)	Gestaltung des KG-Vertrags	79
(a)	Vorüberlegungen	79
(b)	Klauselformulierung	79
V.	MAßNAHMEN DRITTER	79
1.	<i>Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Privatgläubigers</i>	79
a)	Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG	79
aa)	Rechtslage in der KG	79
bb)	Rechtslage in der Komplementär-GmbH	81
b)	Gesellschaftsvertragliche Gestaltung des GmbH-Vertrages	82
aa)	Vorkaufsrecht	83
bb)	Anlehnung an die ausländische Gesetzgebung	83
cc)	Befriedigungsrecht der Gesellschaft nach § 267 BGB	84
dd)	Abtretungsverpflichtung	85
(1)	Übertragung auf die übrigen Gesellschafter	85

(2) Unbeachtlichkeit wegen vorrangigem Gläubigerinteresse	87
(3) Verstoß gegen § 471 BGB	87
(4) Verstoß gegen §§ 135, 136 BGB	87
(a) Abtretungsfestigkeit des Pfandrechts	88
(b) Keine Vergleichbarkeit mit der Forderungspfändung	89
ee) Zwangseinziehung des GmbH-Anteils	90
(1) Voraussetzungen der Zwangseinziehung	91
(a) Zulassung im Gesellschaftsvertrag	91
(aa) Grundsätzliche Anforderungen	91
(bb) Zulassung der Zwangseinziehung durch Satzungsänderung	91
(cc) Mehrheitsanforderungen hinsichtlich der Satzungsänderung	92
(b) Regelungsgegenstand – notwendiger Inhalt	93
(c) Freies Belieben der Mehrheit oder einzelner Gesellschafter als Zwangseinziehungsgrund	95
(d) Zulässigkeit der pfändungsbedingten Zwangseinziehung	97
(aa) Problematik der Gläubigergefährdung	97
(bb) Aufschiebend befristete Einziehungsmöglichkeit	98
(e) Erfordernis der Zustimmung des pfändenden Gläubigers	99
(aa) Rechtslage für den Fall der freiwilligen Einziehung	99
(bb) Rechtslage für den Fall der Zwangseinziehung	100
(f) Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung	101
(aa) Zuständigkeit	101
(bb) Zulässigkeit einer statutarischen Einziehung	101
(cc) Mehrheitserfordernisse	103
(dd) Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters	103
(g) Das ultima ratio Prinzip	105
(2) Beschlussausführung: Gestaltungserklärung	106
(3) Abfindungszahlung	108
(a) Entgeltliche/Unentgeltliche Einziehung	108
(b) Grundsätze der Kapitalaufbringung- und -erhaltung	109
(aa) Kapitalaufbringung, § 19 II GmbHG	109
(bb) Kapitalerhaltung, § 34 III iVm § 30 GmbHG	110
(c) Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einziehung	113
(aa) Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses	113
(bb) Behandlung des erst nach Beschlussfassung feststellbaren Verstoßes gegen §§ 34 III, 30 I GmbHG	113
(cc) Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters: Problematik des automatischen Ruhens der Mitgliedschaftsrechte	117
(d) Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Rechtsstellung des Gesellschafters	118
(aa) Gesellschaftsvertragliche Anordnung des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte	118
(bb) Gesellschaftsvertragliche Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens	119
(4) Rechtsfolgen der wirksamen Zwangseinziehung	120
(a) Diskrepanz zwischen Summe der verbleibenden Nennwerte und unverändertem Stammkapital	121
(b) Aufstockungsbeschluss	121
(c) Neubildung eines Geschäftsanteils	122
(aa) Einordnung als Neubildung an Stelle des eingezogenen Geschäftsanteils	122
(bb) Art und Weise der Neubildung des Geschäftsanteils	123
(cc) Anforderungen an die Beschlussfassung	124
ff) Stellungnahme: Statutarisches Erwerbsrecht – Ankaufsrecht	125
(1) Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschafterversammlung	125
(2) Umgehung der Kapitalaufbringungs- und erhaltungsbestimmungen über die Abtretung des Geschäftsanteils	126
(a) Obligatorische Ausgestaltung der Abtretungsklausel	126
(b) Dingliche Ausgestaltung der Abtretungsklausel	127
(c) Übernahmeverpflichtung des Erwerbers	128
(d) Statutarischer Abfindungsanspruch gegen den/die Erwerber	129
(e) Abfindungsverpflichtung des/der Erwerber aus dem Kausalgeschäft	130
(f) Haftung der GmbH neben dem Anteilserwerber	130
(g) Zeitpunkt des Verlustes der Gesellschafterstellung	132
(3) Erfordernis der Ausschließung des Gesellschafterschuldners	133
gg) Rechtsfolgen	135

(1) Grundsätzliche Rechtslage bei Abtretung des Geschäftsanteils durch die Gesellschafterversammlung _____	135
(a) Rechtslage bei bloßer Abtretungsverpflichtung des Gesellschafters _____	135
(b) Auswirkungen der dinglichen Ausgestaltung der Abtretungsklausel _____	135
(aa) Erlöschen des Pfändungspfandrechts analog § 34 II GmbHG _____	136
(bb) Fehlen der Voraussetzungen für eine Analogie _____	136
(cc) Zwischenergebnis _____	138
(2) Grundsätzliche Rechtslage bei Verwertung des Geschäftsanteils durch den Pfändungsgläubiger _____	138
(a) Pfändungsfestigkeit des Erwerbsrechts _____	139
(b) Rechtsfolgen der Pfändungsfestigkeit des Erwerbsrechts _____	140
(3) Teleologische Reduktion der §§ 857, 829 I 2 ZPO iVm. §§ 135, 136 BGB _____	140
(a) Abgrenzung zur restriktiven Auslegung des § 829 I 2 ZPO _____	140
(b) Gesetzgeberisches Ziel des in § 829 I 2 ZPO geregelten Verfügungsverbot _____	141
(c) Einbeziehung des Erwerbsrechts in die teleologische Reduktion _____	142
(aa) Teleologische Reduktion aufgrund der dolo agit – Einrede _____	142
(bb) Zulässigkeit der teleologischen Reduktion mangels Beeinträchtigung der Interessen des Pfändungsgläubigers _____	143
(cc) Berücksichtigung der Interessen der übrigen Beteiligten _____	144
hh) Klauselformulierung _____	144
c) Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH & Co. KG an den GmbH-Vertrag _____	145
aa) Abbedingung des § 131 III 1 Nr. 4 HGB zugunsten eines Wahlrechts der Gesellschafterversammlung zwischen Ausschluss und Abtretung _____	146
bb) Teleologische Reduktion der §§ 859, 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB _____	148
cc) Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters _____	149
dd) Zeitpunkt des Ausscheidens _____	149
(1) Rechtslage in der KG bei Ausschluss des Gesellschafters _____	149
(2) Rechtslage in der KG bei Abtretung _____	151
ee) Klauselvorschlag _____	152
2. <i>Insolvenz eines Gesellschafters</i> _____	152
a) Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG _____	152
aa) Rechtslage in der KG _____	152
(1) Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 27 InsO _____	152
(2) Relevanz der Kommanditisteninsolvenz _____	153
(3) Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens, §§ 315 ff. InsO _____	153
(4) Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse, § 26 InsO _____	154
(5) Teleologische Reduktion des § 131 III 1 Nr. 2 HGB bei Doppelinsolvenz von GmbH und KG _____	155
(a) Gesetzliche Rechtslage _____	155
(b) Nichtanwendbarkeit der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 2 HGB im Falle der Simultaninsolvenz _____	156
(aa) Sukzessivinsolvenz _____	156
(bb) Simultaninsolvenz _____	157
(c) Rechtsfolgen der teleologischen Reduktion des § 131 III 1 Nr. 2 HGB im Falle der Simultaninsolvenz von GmbH und KG _____	158
bb) Rechtslage in der GmbH _____	159
b) Vertragliche Gestaltung _____	161
aa) Zu harmonisierende Problembereiche _____	161
(1) Insolvenz der GmbH-Gesellschafter/Kommanditisten _____	161
(2) Insolvenz der Komplementär-GmbH – Problematik der Doppelinsolvenz _____	161
bb) Gestaltung des GmbH-Vertrages _____	162
(1) Alternativermächtigung Einziehung – Ankaufsrechts _____	162
(a) Einziehung des Geschäftsanteils _____	163
(aa) Einziehungsvoraussetzungen _____	163
(bb) Maßgeblicher Zeitpunkt _____	163
(b) Abtretung des Geschäftsanteils _____	164
(aa) Einordnung des § 81 InsO als absolut wirkende Verfügungsbeschränkung _____	164
(bb) Teleologische Reduktion des § 81 InsO _____	165
(2) Rechtsfolgen der nur eingeschränkten Abtretungsmöglichkeit _____	168
(a) Einhaltung der Kapitalaufbringungs- und –erhaltungsbestimmungen _____	168
(b) Problematik der Aufnahme eines neuen Gesellschafters _____	168
(3) Auswirkungen der eingeschränkten Abtretungsmöglichkeit auf die Vertragsgestaltung _____	168
(4) Stimmrecht des Insolvenzverwalters _____	169

(5) Klauselformulierung	170
cc) Gestaltung des KG-Vertrages	171
(1) Vorüberlegungen	171
(2) Klauselformulierung	173
VI. TOD EINES GESELLSCHAFTERS	173
1. Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG	174
a) Vererblichkeit der Gesellschaftsanteile	174
b) Problematik der Sondererbfolge	174
2. Gesellschaftsvertragliche Gestaltung	176
a) Gestaltung des KG-Vertrages	176
aa) Obligatorische Gruppenvertretung	176
(1) Zulässigkeit der Gruppenvertretung	177
(a) Ruhen des Stimmrechts	177
(b) Abspaltungsverbot	178
(c) Schranken der obligatorischen Gruppenvertretung	180
(2) Bestellung des Gruppenvertreters: Mehrheitsentscheidung oder Einstimmigkeit des Beschlusses	181
(a) Gesellschaftsvertragliche Bestimmung der Mehrheitserfordernisse	181
(b) Gesetzliches Einstimmigkeits-/Mehrheitsprinzip	182
(3) Abberufung des Gruppenvertreters	184
(a) Ausschluss der Abberufung des Gruppenvertreters	184
(b) Mehrheitsanforderungen für den Widerruf	184
(4) Koordination von Innen- und Außenverhältnis	186
(a) Weisungskompetenz der gebundenen Gesellschafter	186
(b) Legitimation des Vertreters	187
(5) Klauselformulierung	188
bb) Testamentsvollstreckung	188
(1) Kommanditanteil als Nachlassbestandteil	188
(a) Problematik der Sondererbfolge	189
(b) Nachlasszugehörigkeit trotz Sondererbfolge	189
(2) Abwicklungsvollstreckung, §§ 2203, 2204 BGB	190
(3) Dauertestamentsvollstreckung	191
(a) Abspaltbare Vermögensrechte – Außenseite der Beteiligung	191
(b) Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und Überwachungsrechte – Innenseite der Beteiligung	191
(c) Zulässigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen	193
(d) Problematik der Vererbung an Gesellschafter	194
(e) Problematik der Vererbung durch einen geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Kommanditisten	195
(f) Umfang und Beschränkung der Testamentsvollstreckung	195
(g) Erbrechtliche Folgeprobleme – Testamentsvollstreckung und Gruppenvertretung	196
cc) Zusammenfassung	197
dd) Klauselformulierung	197
b) Gestaltung des GmbH-Vertrages	197
aa) Obligatorische Gruppenvertretung	198
bb) Testamentsvollstreckung	198
cc) Klauselformulierung	198
VII. KONSEQUENZEN DER HARMONISIERUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE	199

3. KAPITEL: LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN FÜR DIE ABSTIMMUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON KG UND GMBH 199

I. VERZÄHNUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON KG UND GMBH	199
1. Kapitalerhöhungen	199
a) Vorüberlegungen	199
b) Klauselformulierung	200
2. Maßnahmen des Gesellschafters	200
a) Austritt des Gesellschafters	200
aa) Vorüberlegungen	200
bb) Klauselformulierung	201
b) Rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft	201

aa) Vorüberlegungen	201
bb) Klauselformulierung	201
3. <i>Maßnahmen der Mitgesellschafter: Ausschließung eines Gesellschafters</i>	202
a) Grundsätzliche Rechtslage	202
b) Schicksal der GmbH-Mitgliedschaftsrechte nach der Ausschließung	202
c) Verzahnung der Gesellschaftsverträge	203
aa) Vorüberlegungen	203
bb) Klauselformulierung	203
4. <i>Maßnahmen der Gesellschafter im Hinblick auf den Bestand der Gesellschaft</i>	204
a) Problematik der Auflösung der Komplementär-GmbH durch Mehrheitsbeschluss	204
aa) Auflösung der KG bei Vollbeendigung der Komplementär-GmbH	205
(1) Vollbeendigung der Komplementär-GmbH	205
(a) Früher herrschende Meinung: Vermögenslosigkeit als maßgebliches Kriterium	205
(b) Konstitutive Wirkung der Löschungseintragung	206
(aa) Löschungstheorie	206
(bb) Beschränkt konstitutive Wirkung: Lehre vom Doppeltatbestand der Beendigung	207
(2) Einfluss nicht vermögensmäßigen Abwicklungsbedarfs auf die Vollbeendigung	208
(3) Einfluss übergangener Gläubiger auf die Vollbeendigung	209
(4) Entsprechende Anwendung des § 161 II, 131 III 1 Nr. 1 HGB	209
(5) Auswirkungen des Wegfalls des einzigen Komplementärs	210
(a) Werbende Kommanditistengesellschaft	210
(b) OHG kraft Rechtsformzwangs	211
(c) Kommanditistengesellschaft in Liquidation	211
bb) Rechtsfolgen der bloßen Auflösung der Komplementär-GmbH	212
(1) Analoge Anwendung des § 131 III 1 Nr. 1 HGB	212
(2) Fortführung der KG durch die Komplementär-GmbH in Liquidation	213
(3) Ablehnung eines eigenen Aulösungstatbestandes	214
(4) Gesellschaftsvertragliche Gestaltung	216
(a) Auflösung der KG bei Auflösung der Komplementär-GmbH	216
(b) Koordination der Abwicklung beider Gesellschaften	217
(aa) Gewährleistung einer sinnvollen Abwicklung der KG	217
(bb) Bestimmung des Liquidators der KG	217
cc) Klauselformulierung	218
b) Auswirkungen der Auflösung der KG auf die Komplementär-GmbH	218
aa) Grundsätzliche Unabhängigkeit der Auflösung der GmbH	218
bb) Möglichkeit der Auflösung der GmbH durch Urteil, §§ 60 I Nr. 3, 61 GmbHG	218
cc) Konkludente Auflösung der GmbH durch KG-Auflösungsbeschluss	220
dd) Vertragsgestaltung	220
ee) Klauselformulierung	220
c) Problematik der Auflösungsklage seitens eines Minderheitsgesellschafters	221
aa) Rechtslage in der KG	221
(1) Verhältnis der Auflösungsklage zur Ausschließung des Gesellschafters	221
(2) Verhältnis der Auflösungsklage zum Gesellschafteraustritt aus wichtigem Grund	221
bb) Rechtslage in der Komplementär-GmbH	222
(1) Verhältnis der Auflösungsklage zur Ausschließung des Gesellschafters	222
(2) Verhältnis der Auflösungsklage zum Gesellschafteraustritt aus wichtigem Grund	222
cc) Verzahnung der Gesellschaftsverträge	223
5. <i>Maßnahmen Dritter: Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Privatgläubigers und Gesellschafterinsolvenz</i>	224
a) Vorüberlegungen	224
b) Klauselformulierung	225
6. <i>Tod eines Gesellschafters</i>	227
a) Vorüberlegungen	227
b) Klauselformulierung	228
II. AUSBLICK: ANDERE LÖSUNGSVORSCHLÄGE	229
1. <i>Einheitsgesellschaft</i>	229
2. <i>BGB-Gesellschaft</i>	230
3. <i> Holding-Gesellschaft</i>	231
4. KAPITEL: SCHLUSSBETRACHTUNG	231
Literaturverzeichnis	238

1. KAPITEL: EINLEITUNG

I. BEDEUTUNG DER GMBH & CO. KG ALS GESELLSCHAFTSFORM

Die Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG ist heute aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Dies beweist die Zahl der in dieser Form tätigen Unternehmen. Zwar werden Primärerhebungen nach den Rechtsformen der Unternehmen von der amtlichen Statistik seit einigen Jahren nicht mehr vorgenommen. Es besteht jedoch die Möglichkeit, Hochrechnungen aus den Erhebungen zur Umsatzsteuer vorzunehmen.¹ Eine Aufgliederung der Anzahl der Umsatzsteuerpflichtigen aufgrund eines zweistelligen Rechtsformschlüssels erfolgte erstmals für das Jahr 1998. Im Rahmen der Erhebungen zur Umsatzsteuer wurden 1998 insgesamt 96057 Kommanditgesellschaften einbezogen, unter denen sich allein 69728 GmbH & Co. KG befanden. Von den umsatzsteuerpflichtigen Kommanditgesellschaften wurden 72,6 % als GmbH & Co. KG geführt, nur 27,2 % als reguläre Kommanditgesellschaften und 0,2 % als AG & Co. KG.² Im Jahre 2000 besaß in der Gruppe der Kommanditgesellschaften die Rechtsform der GmbH & Co. KG einen zahlenmäßigen Anteil von 76 %, was im Vergleich zum Jahr 1994 eine Erhöhung von 11 % bedeutet.³

Interessant ist auch die Zählung des Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT),⁴ die sich allerdings auf eingetragene, kammerzugehörige Unternehmen beschränkt und daher insbesondere die BGB-Gesellschaft nicht berücksichtigt. Demnach beträgt der Anteil der GmbH & Co. KG 10,12 % aller berücksichtigten Rechtsformen.

II. WESEN UND VORTEILE DER GMBH & CO. KG

Die genaue dogmatische Einordnung der GmbH & Co. KG ist nach wie vor umstritten. Ausgangspunkt der Problematik ist der grundsätzlich vom Gesellschaftsrecht vorgegebene *numerus clausus* zulässiger Gesellschaftsformen.⁵ Damit korrespondierend besteht ein Rechtsformzwang. Zumindest jeder nach außen auftretende Personenverband muss sich einer gesetzlichen Rechtsform unterordnen.⁶ Die GmbH & Co. KG besteht nun aus einer Kommanditgesellschaft als Personenhandelsgesellschaft und jedenfalls einer GmbH als Kapitalgesellschaft. Auf den ersten Blick steht dies in Konflikt mit dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen, da die GmbH & Co. KG nicht vollständig einer der gesetzlichen Formen zugeordnet werden kann. Teilweise wird daher in der Anerkennung der Rechtsform der GmbH & Co. KG eine Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* gesehen.⁷ Die Zulassung der GmbH & Co. KG steht aber nach richtiger Auffassung nicht in Widerspruch zu diesem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz, sondern zeigt vielmehr nur die Variationsbreite, die trotz der gesetzlich vorgegebenen Gesellschaftsformen möglich ist.⁸ Es handelt sich auch bei der GmbH & Co. KG um eine KG, aber mit der Besonderheit, dass der Komplementär keine natürliche Person sondern eine juristische ist, deren Haftung nach § 13 II GmbHHG auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist. Dafür spricht auch, dass die GmbH & Co. KG seit Zielinskis „Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht“ von 1925 die Diskussion um die Zulässigkeit von Grundtypenvermischungen im Gesellschaftsrecht geprägt hat.⁹ Auch diese Einordnung als Mischform ist allerdings nicht unstrittig. Teils wird die GmbH & Co. KG auch als modifizierte echte Personengesellschaft,¹⁰ teils sogar als eigenständige Erscheinungsform der Kapitalgesellschaft qualifiziert.¹¹ Zumindest die Einordnung als Erscheinungsform der Kapitalgesellschaft ist fragwürdig, vor allem vor dem Hintergrund, dass auch die höchstrichterliche Rechtsprechung die GmbH & Co. KG zumindest förmlich als Personengesellschaft sieht, wenngleich sachlich als Gesellschaft mbH, die den Kapitalgesellschaften näher steht als einer normalen OHG oder KG.¹² Letztlich ist keine der genannten Differenzierungen geeignet, die Probleme, die sich aus dem Zusammentreffen von Personengesellschaft- mit Kapitalgesellschaftsrecht ergeben, zu lösen. Es bleibt nur die Möglichkeit, dies im Einzelfall in den verschiedenen, für die beiden Gesellschaften maßgeblichen rechtlichen Bereichen, zu bewerkstelligen.¹³

Die Anerkennung der GmbH & Co. KG ist nicht zuletzt auf die Vorteile, die diese Gesellschaftsform gegenüber anderen aufweist, zurückzuführen. Im Vergleich zu den herkömmlichen Personenhandelsgesellschaften spricht

¹ Hansen, GmbHR 2001, 286; ders., GmbHR 2002, 148; ders., GmbHR 2003, 22.

² Statistisches Bundesamt, Finanzen und Steuern, Fachserie 14, Reihe 8, Umsatzsteuer, 1998, S. 47; Hansen, GmbHR 2001, 286, 288 f.; vgl. zur weiten Verbreitung der GmbH & Co. KG insbesondere auch die statistischen Schätzungen für die Jahre 1980 und 1985 bei Weimar/Geitzhaus, DB 1987, 2026, ebenso Kornblum, GmbHR 1983, 29 ff., 61 ff.

³ Statistisches Bundesamt, Finanzen und Steuern, Fachserie 14, Reihe 8, Umsatzsteuer 2000, S. 62; Hansen, GmbHR 2003, 22, 23; Quelle für 1994: statistisches Bundesamt; Vergleich der Jahre 1994 und 2000 abgedruckt bei Hansen, GmbHR 2003, 22, 24.

⁴ Abgedruckt bei Meyer, GmbHR 2002, 177, 178, auch ausführlich zur Bedeutung der GmbH & Co. KG.

⁵ Jahnke, ZHR 146 (1982), 595, 602; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 5 II.1.; H. P. Westermann, S. 117 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 4, 42.

⁶ Vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 5 II.1.a); vgl. zur Terminologie, die nicht ganz einheitlich ist, ausführlich Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 5 II.3.a).

⁷ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 44.

⁸ Vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 5 II.4.

⁹ Binz, GmbH & Co., § 2 Rn. 2 f.; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co., Rn. 44; Hueck, Gesellschaftsrecht, § 37 I.3. Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 3 f.; Karsten Schmidt, GmbHR 1984, 272, 274; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 I.2.b).

¹⁰ So Barth, BB 1986, 2235, 2236.

¹¹ Raiser, Kapitalgesellschaften, § 42 Rn. 1 ff.

¹² BGH, Urteil vom 18.3.1974, BGHZ 62, 216, 227; zustimmend Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 a Rn. 1.

¹³ Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB, § 177 a Anh. A Rn. 5.

für die GmbH & Co. KG, dass Abschluss und Änderung des Gesellschaftsvertrages keiner Form bedürfen, §§ 161 II, 105 HGB. Die Eintragung der GmbH & Co. KG setzt nicht die Aufbringung eines bestimmten Mindestkapitals voraus, wie dies § 7 II GmbHG für die GmbH verlangt.¹⁴ Vor allem spielt die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für alle beteiligten natürlichen Personen eine bedeutende Rolle. Die Aufnahme einer GmbH als Komplementärin ändert zwar nichts an der Tatsache der unbeschränkten Haftung (mit ihrem Gesellschaftsvermögen § 13 II GmbHG), doch werden deren Gesellschafter nur in Höhe der übernommenen Stammeinlage betroffen. Die Kommanditisten haften nach Eintragung der KG in das Handelsregister auf den in der Eintragung angegebenen Betrag der Haftsumme beschränkt, § 172 I HGB.¹⁵ Wenn die Kommanditisten zugleich Geschäftsführer der GmbH sind, können sie somit letztlich auch die KG führen, was in einer herkömmlichen OHG oder KG nur über den Preis der persönlichen Haftung möglich ist, §§ 114, 125, 164, 170 HGB.¹⁶

Es besteht für die GmbH die Möglichkeit, Organe zu bestellen, die nicht Gesellschafter sind, da für die GmbH der Grundsatz der Fremdgorganshaft¹⁷ gilt, während die KG selbst durch den Grundsatz der Selbstorganshaft geprägt ist, mithin die Vertretungsbefugnis untrennbar mit der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters verbunden ist.¹⁸ Damit wird praktisch auch für die KG das kapitalgesellschaftliche Prinzip der Drittorganshaft eingeführt, weil die GmbH die Geschäfte der KG als Komplementärin führt.¹⁹ Auf diese Art und Weise besteht die Möglichkeit, komplizierte Nachfolgeprobleme zu meistern. Aufgrund der Möglichkeit der Trennung von Herrschaftsmacht und Gesellschafterstellung kann die Unternehmensperpetuierung etwa im Erbfall gesichert werden, wenn nach dem Tod des Komplementärs kein Erbe bereit oder in der Lage ist, das Unternehmen weiterzuführen. Es kann in diesen Fällen die Unternehmensleitung auf etwa einen bewährten leitenden Angestellten oder einen Außenstehenden übertragen werden, indem er – ohne das Erfordernis, ihn als Gesellschafter aufzunehmen – zum Geschäftsführer einer zu diesem Zweck gegründeten Komplementär-GmbH bestellt wird.²⁰ Aber auch in anderen Fällen, in denen etwa der persönlich haftende Gesellschafter, der normalerweise die Geschäfte der Gesellschaft zu führen hat, dazu nicht mehr in der Lage ist, stellt sich das Problem, dass dessen Ersetzung wohl nur über den Weg einer unpraktikablen Vertragsänderung möglich ist. Demgegenüber stellt sich die Rechtslage einfacher dar, wenn eine GmbH Komplementärin ist, da jede Veränderung in der Position des Geschäftsführers der GmbH zugleich eine Veränderung in der Leitung auch der KG zur Folge hat.²¹

Der große Vorteil gegenüber der GmbH besteht freilich nicht in der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter, die ja gerade charakteristisch für diese ist und Grund für die Beteiligung der GmbH an der KG, sondern vielmehr in der Tatsache, dass die Haftungsbeschränkungen des GmbH-Rechts für das Personengesellschaftsrecht nutzbar gemacht werden können, das im Gegensatz zum GmbH-Recht durch eine wesentlich größere Flexibilität, vor allem im Rahmen der Vertragsgestaltung, gekennzeichnet ist.²² Auf diese Art und Weise wird letztlich eine „bessere“ GmbH geschaffen. So kann die Kapitalaufbringung neben Sach- und Bareinlagen auch durch Dienstleistungen erfolgen und jederzeit mit Einverständnis der Gesellschafter ausgetauscht werden. Zu nennen sind auch die erleichterten Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung, der flexiblen Verteilung der Kompetenzen und Entscheidungszuständigkeiten sowie der Entnahmemöglichkeiten auch ohne Gewinnerwirtschaftung.²³

Vorteilhaft erweist sich die GmbH & Co. KG auch bei der Problematik der unternehmerischen Mitbestimmung (nach BetrVG 1952; MitbestG, MontanMitbestG und MitbestErgG). So ist die GmbH nach §§ 77 I 1 BetrVG 1952 bei mehr als 500 Arbeitnehmern zur Bildung eines Aufsichtsrats verpflichtet, der sich nach §§ 77 I 2 i.V.m. § 76 I BetrVG 1952 zu einem Drittel aus Arbeitnehmern zusammensetzen muss. Demgegenüber ist die GmbH im Rahmen einer GmbH & Co. KG nach § 1 MitbestG erst bei mehr als 2000 Arbeitnehmern zur Bildung eines Aufsichtsrats verpflichtet, falls sie keinen eigenen Geschäftsbetrieb führt (dann § 77 BetrVG 1952). Nach § 4 I MitbestG werden allerdings die Arbeitnehmer der KG unter bestimmten Voraussetzungen als solche der GmbH gerechnet.²⁴

Zudem besteht als steuerrechtlicher Vorteil gegenüber der GmbH die Möglichkeit der Verlustverrechnung durch Zuweisung an die Kommanditisten, wenn dies auch seit 1980 wegen § 15 a EStG nur noch eingeschränkt möglich ist.²⁵ Ein Vorteil, der sich vor allem für Unternehmer ergibt, die allein oder mit anderen mehrere Unternehmen betreiben. So können etwa die Verluste des einen Unternehmens mit den Gewinnen eines anderen Unterneh-

¹⁴ Hesselmann, Pro GmbH, 81, 84.

¹⁵ Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 31; Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB, § 177 a Anh. A Rn. 9; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 58 ff.

¹⁶ Binz, GmbH & Co., § 2 Rn. 10.

¹⁷ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co., Rn. 47; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Einl Rn. 16; Scholz-Westermann, Einleitung Rn. 15.

¹⁸ Vgl. §§ 114, 125 i.V.m. §§ 164, 170 HGB; Baumbach/Hopt, HGB, § 114 Rn. 24 f., § 125 Rn. 5; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 109 Rn. 5, § 114 Rn. 3, § 125 Rn. 1; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co., Rn. 47; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 114 Rn. 5, § 125 Rn. 3; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 14 II.2. Vgl. zum Grundsatz der Selbstorganschaft auch unten Fn. 1736, 1887.

¹⁹ Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 a Rn. 3; Binz, GmbH & Co., § 2 Rn. 12 f.; Esch, NJW 1988, 1553; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 32; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 1.C. Rn. 67; Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB, § 117 a Anh. A Rn. 10; Hesselmann, Pro GmbH, 81, 88; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co., Rn. 47; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 56; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 I.4.b).

²⁰ Binz, GmbH & Co., § 2 Rn. 14; Michalski-Michalski, Syst. Darst. 1 Rn. 159; Kübler, Gesellschaftsrecht, § 21 I.2.b); Raiser, Kapitalgesellschaften, § 42 Rn. 12.

²¹ Grunewald, Gesellschaftsrecht, 1.C. Rn. 67.

²² Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 46; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 57.

²³ Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 a Rn. 3; Binz, GmbH & Co., § 2 Rn. 20 f.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 1.C. Rn. 68; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 49; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 55; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 I.4.a).

²⁴ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 18 Rn. 2 ff.; vgl. auch ausführlich hierzu Michalski-Heyder, § 52 Rn. 21 ff.; Kübler, Gesellschaftsrecht, § 32 II.3. und IV.3.

²⁵ Vgl. Görlich, BB 1980, 1366; Wallenhorst BB 1981, 546.

mens, die dem Unternehmer wegen seiner Kommanditbeteiligung als gewerbliche Einkünfte zufließen, jährlich miteinander verrechnet werden. Bei mehreren GmbH-Beteiligungen können dagegen nur die Verluste einer Gesellschaft mit früheren oder späteren Gewinnen dieser Gesellschaft und in den engen Grenzen des § 10 d EStG aufgerechnet werden.²⁶

III. HISTORISCHER RÜCKBLICK ZUR ENTWICKLUNG DER GMBH & CO. KG

Bevor auf die Probleme, die sich aufgrund des Zusammentreffens von teils sehr unterschiedlichem GmbH- und KG-Vertragsrecht ergeben, eingegangen wird, sollen in einem kurzen Rückblick die Entstehung der GmbH & Co. KG und ihre rechtliche Anerkennung behandelt werden.

1. Handelsrechtliche Anerkennung

Die Tatsache der weiten Verbreitung der GmbH & Co. KG darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die GmbH & Co. KG seit jeher zu den umstrittensten Rechtsgebilden zählt und bis heute die Rechtswissenschaft beschäftigt. Sie stellt die Praxis vor enorme Probleme. So wurde die GmbH & Co. KG schon geschmäht als „juristisches Monstrum“²⁷ und als ein „Bastard“ vom System her.²⁸

Die Frage, inwieweit sich eine juristische Person als Gesellschafter an einer OHG oder KG beteiligen kann, wurde schon gestellt, bevor überhaupt die GmbH durch Gesetz vom 20.4.1892²⁹ geschaffen wurde.³⁰ Das Reichsgericht konnte die Entscheidung in seinem Urteil vom 11.2.1896 noch offenlassen, weil streitentscheidend war, inwieweit eine OHG Mitglied einer anderen sein könne.³¹ Die eigentliche Relevanz dieser Gesellschaftsform zeigte sich jedoch erst, nachdem am 14.8.1910 in Bayern,³² folgend auch in anderen Ländern des deutschen Reichs und im Jahre 1920 reichsweit,³³ für die GmbH und ihre Gesellschafter eine ertragssteuerliche Doppelbelastung durch Einführung einer Körperschaftsteuer geschaffen wurde. Die Gewinne der GmbH waren körperschaftsteuerpflichtig, die der Gesellschafter einkommenssteuerpflichtig.³⁴

Die Registergerichte verweigerten der Gründung von Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG zunächst die Anerkennung.³⁵ Erst 1912 verhalf das Bayerische Oberste Landesgericht als letzte Instanz durch Beschluss vom 16.2.1912 der GmbH & Co. KG zum Durchbruch.³⁶ Das Jahr 1912 wird daher auch als das Geburtsjahr der GmbH & Co. KG gesehen.³⁷

Die nötige Rechtssicherheit war damit allerdings noch nicht erreicht, da sich das Bayerische Oberste Landesgericht entgegen der seinerzeit herrschenden Auffassung entschieden hatte.³⁸ Damit war der Streit um die zivilrechtliche Zulässigkeit erst richtig entbrannt. Erst das Reichsgericht hat in seinem grundlegenden Beschluss vom 4.7.1922 durch Bejahung der Zulässigkeit der GmbH & Co. dem Streit für die Praxis ein Ende gesetzt:³⁹ Es hatte die Problematik aufgrund einer Vorlage des OLG Hamburg, das von der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 16.2.1912⁴⁰ und der dieser folgenden Entscheidungen des Kammergerichts⁴¹ abweichen wollte, zu klären. Das Reichsgericht entschied sich mit dem Bayerischen Obersten Landesgericht für die Zulässigkeit der GmbH & Co. Zwar sei Anlass für die Errichtung die Vermeidung der steuerlichen Doppelbelastung der GmbH aus Körperschaftsteuerpflicht der Gesellschaft und Einkommensteuerpflicht der Gesellschafter, doch sprechen nach der Auffassung des Gerichts für diese Gesellschaftsform „offensichtlich auch wichtige, rein wirtschaftliche Interessen“. Es besteht daher insoweit „kein Anlaß, diese neuere Entwicklung des Gesellschaftswesens als

²⁶ Vgl. Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 18; Michalski-Michalski, Syst. Darst. 1 Rn. 160.

²⁷ Holdheim, Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Band 1, 1982, 195 im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit eine Gesellschaft Mitglied einer anderen sein kann; Holdheim berief sich hierfür auf den schweizerischen Juristen Siegmund.

²⁸ Barz, NJW 1972, 465.

²⁹ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (RGBl., S. 477), an das BGB und HGB angegliedert durch neue Fassung vom 20.5.1898 (RGBl., S. 846).

³⁰ Holdheim, Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen 1, S. 195.

³¹ RGZ 36, 139, 140.

³² Mit Gesetz vom 14.8.1910, das erstmals mit dem Jahre 1912 in Wirkung trat; bereits vorher hatte Preußen die GmbH einer Körperschaftssteuer unterworfen. Diese führte allerdings nicht zu einer Doppelbesteuerung, sondern die Gesellschafter waren mit ihrem Gewinnanteil steuerfrei, während die Gesellschaft selbst einem die Steuersätze der natürlichen Personen etwas überschreitenden Tarif unterlag, Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 8 Fn. 1.

³³ Körperschaftsteuergesetz vom 30.3.1920, RGBl. 1920, 1, S. 393; zur Entwicklung des Körperschaftssteuerrechts vgl. Koch/Sarrazin, Die GmbH in der Steuergesetzgebung, in: Pro GmbH, S. 115 ff.

³⁴ Die Vorteile der GmbH & Co. KG liegen auf der Hand: Die KG pachtete den Geschäftsbetrieb der GmbH, die als Pachtzins einen der Erhaltung des Stammkapitals dienenden Betrag erhielt. Der gesamte übrige Gewinn fiel an die GmbH-Gesellschafter über ihre KG-Beteiligung, vgl. Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 9.

³⁵ Vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 6 ff.

³⁶ BayObLG, Beschluss vom 16.2.1912, GmbHR 1914, 9; vgl. auch Kübler, Gesellschaftsrecht, § 21 II.; Karsten Schmidt, GmbHR 1984, 273 f.

³⁷ Binz, GmbHR 1987, 39; ders., GmbH & Co., § 1 Rn. 18; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 11.

³⁸ Überblick bei Eltzbacher, ZHR 45 (1896), 40 ff.

³⁹ RG, Beschluss vom 4.7.1922, RGZ 105, 101.

⁴⁰ BayObLG, Beschluss vom 16.2.1912, GmbHR 1914, 9.

⁴¹ KG, Beschluss vom 28.2.1913, DJZ 1913, 1500, 1501; KG, Beschluss vom 31.5.1918, KGJ 51, 122, 123 f., bestätigt in mehreren späteren Beschlüssen wie KG, Beschluss vom 28.6.1918, KGJ 51, 125, 126; Beschluss vom 11.7.1919, KGJ 52, 90, 91 (AG als Komplementärin einer KG).

eine ungesunde oder auch nur bedenkliche anzusehen.⁴² Es schlieÙe weder eine positive Vorschrift, noch die Natur der OHG oder KG, noch Struktur und Wesen der GmbH selbst deren Teilnahme an einer Personengesellschaft aus.⁴³

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil vom 28.9.1955 der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen, indem er dessen Auffassung als die heute herrschende Auffassung bezeichnete, von der es keinen Grund gebe, abzuweichen.⁴⁴ Mittlerweile ist die Zulässigkeit der GmbH & Co. KG unbestritten, zumal der Gesetzgeber durch die Einführung zahlreicher Bestimmungen die Anerkennung der Zulässigkeit dokumentiert hat.⁴⁵

2. Steuerrechtliche Anerkennung⁴⁶

Im Steuerrecht hinkte die Anerkennung der GmbH & Co. KG hinterher. Der Reichsfinanzhof sah in ihr zunächst einen Gestaltungsmissbrauch und unterwarf sie als große GmbH der Besteuerung der Kapitalgesellschaften. Die Gewinne der GmbH & Co. KG wurden als Erträge der Komplementär-GmbH angesehen und dort der Körperschaftsteuer unterworfen.⁴⁷

Diese Einschätzung hat jedoch bereits der Reichsfinanzhof selbst aufgegeben.⁴⁸ Der BFH hat diese Rechtsprechung fortgeführt und die GmbH & Co. KG im Einkommenssteuerrecht als echte Personengesellschaft anerkannt.⁴⁹ Die GmbH & Co. KG ist somit weder einkommensteuer- noch körperschaftsteuerpflichtig, da sie selbst kein Steuersubjekt ist. Die von der GmbH & Co. KG erwirtschafteten Erträge werden vielmehr entsprechend ihrer Beteiligung bei ihren Gesellschaftern besteuert.⁵⁰

Steuerrechtliche Beweggründe für die Gesellschaftsform der GmbH & Co. KG sind jedoch im Laufe der wirtschaftlichen Entwicklung in den Hintergrund getreten. Dies gilt umso mehr, als die Doppelbesteuerung der Kapitalgesellschaften und der Kapitalgesellschaftler 1977 im Rahmen der Körperschaftsteuerreform⁵¹ durch das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren des § 36 II und III EStG abgelöst wurde.⁵² Es hat zwar insoweit ab 2001 eine Rückkehr zum bis 1977 geltenden Körperschaftsteuerrecht stattgefunden, als im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes (StSenkG)⁵³ das Halbeinkünfteverfahren und damit wiederum eine Doppelbesteuerung eingeführt wurden. Dennoch findet keine Doppelbelastung statt, da das StSenkG dem dadurch begegnet, dass Ausschüttungen bei Körperschaften als Anteilseigner nicht besteuert (§ 8b I 1 KStG) und bei natürlichen Personen als Anteilseigner die Einkünfte nur zur Hälfte in die steuerliche Bemessungsgrundlage einbezogen werden (§ 3 Nr. 40 EStG).⁵⁴

Zudem sind auch die substanzsteuerrechtlichen Vorteile weggefallen, die aus dem Vermögensteuergesetz (VStG)⁵⁵ resultierten. Danach war sowohl die GmbH unbeschränkt vermögensteuerpflichtig, § 1 I Nr. 2 a) VStG, als auch ihre Gesellschafter.⁵⁶ Das Vermögensteuergesetz wurde allerdings vom BVerfG für unvereinbar mit dem Gleichheitsgrundsatz erklärt und die Anwendbarkeit bis längstens 31.12.1996 beschränkt.⁵⁷ Die Steuerlichen Nachteile wurden dadurch verschärft, dass die GmbH die gezahlte Vermögensteuer nicht als Betriebsausgabe abziehen konnte (§ 10 Nr. 2 KStG), so dass diese Summe zusätzlich mit Körperschaftsteuer belastet war.⁵⁸

⁴² RG, Beschluss vom 4.7.1922, RGZ 105, 101, 103.

⁴³ RG, Beschluss vom 4.7.1922, RGZ 105, 101, 103 ff.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 28.9.1955, WM 1956, 61, 63.

⁴⁵ Vgl. §§ 19 II; 125 a I 2; 129 a; 130 a; 130 b; 172 VI; 172 a; 177 a HGB; 4 MitbestG.

⁴⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 26 ff.

⁴⁷ RFH, Beschluss vom 30.6.1922, RFHE 10, 65 ff.; Beschluss vom 15.7.1925, RFHE 17, 91, 93.

⁴⁸ RFH, Beschluss vom 13.3.1929, RStBl. 1929, 329; Beschluss vom 18.2.1933, RStBl. 1933, 375.

⁴⁹ BFH, Beschluss vom 22.8.1951, BStBl. 1951, 181; Beschluss vom 3.7.1956, BStBl. III, 1956, 308, Beschluss vom 16.9.1958, BStBl. III, 1958, 462, Beschluss vom 14.3.1961, BStBl. III, 363.

⁵⁰ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 12. Im Gegensatz zum Ertragssteuerrecht wurde die GmbH & Co. KG allerdings im Gesellschaftssteuerrecht zeitweise als Kapitalgesellschaft behandelt, vgl. § 5 II Nr. 3 Kapitalverkehrsteuergesetz (KVStG in der Fassung vom 17.11.1972, BGBl. I, S. 2129; dieses Gesetz wurde durch das Finanzmarktförderungsgesetz vom 22.2.1990 zum 1.1.1992 abgeschafft, BGBl. I, S. 266, 281 f.).

⁵¹ Körperschaftsteuer-Reformgesetz vom 31.8.1976, BGBl. I, S. 2597.

⁵² *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 4. Dies hat allerdings in der Folgezeit eine gewisse Relativierung dadurch erfahren, dass mit der Tarifkappung für gewerbliche Einkünfte gemäß § 32 c EStG und der steuerlichen Möglichkeit der Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co nach dem UmwG wieder ein vermehrter Trend in diese Rechtsform festzustellen ist. Der BFH hatte allerdings erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 32 c EStG, die ihn am 24.2.1999 zu einem Vorlagebeschluss an das BVerfG veranlassten. Die Bestimmung wurde mittlerweile aufgehoben und ist letztmalig für den Veranlagungszeitraum 2000 anwendbar (§ 52 Abs. 44 EStG). Ab dem Veranlagungszeitraum 2001 greift § 35 EStG (§ 52 Abs. 50 a).

⁵³ Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung vom 23.10.2000, BGBl. I, S. 1433.

⁵⁴ Vgl. Michalski-Spönmann, Syst. Darst. 3 Rn. 20 f.

⁵⁵ Vom 17.4.1974 (BGBl. I, S. 949), zuletzt geändert durch das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz vom 24.3.1998 (BGBl. I, S. 529, 566).

⁵⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Binz*, GmbH & Co., § 24 Rn. 86 ff.

⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, BStBl. II, S. 655 ff. Das BVerfG hat allerdings im Beschluss vom 18.6.1997 (BStBl. II, 515 ff.) ausdrücklich klargestellt, dass die Weiteranwendbarkeit bis zum 31.12.1996 dahingehend zu verstehen ist, dass das VStG auf sämtliche Tatbestände, die bis zu diesem Zeitpunkt verwirklicht sind, anwendbar ist, somit also nur für Tatbestände ab dem 1.1.1997 nicht greift.

⁵⁸ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 24 mwN.

3. Fazit

Die Rechtsfigur der GmbH & Co. KG hat somit trotz Startschwierigkeiten den Weg zu einer „beispiellosen Karriere“⁵⁹ gefunden. Dies liegt insbesondere daran, dass die GmbH & Co. KG durch die Verbindung von Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft eine Lücke im Kreis der Unternehmensformen geschlossen hat. Sie stellt eine Kombination dar aus der für Personengesellschaften charakteristischen Kapitalflexibilität bei gleichzeitiger Trennung von Management und Anleger und der damit verbundenen Möglichkeit der Haftungsbeschränkung des Managements.⁶⁰

Auch, wenn dogmatisch darüber gestritten wird, ob es sich nun bei der GmbH & Co. KG um eine Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* handelt, oder richtigerweise wohl nur um eine zulässige Grundtypenvermischung, die Elemente der Personengesellschaft mit solchen der Kapitalgesellschaft verbindet⁶¹, ist sie eine feste Größe. Trotz der auch heute noch geäußerten Kritik an dieser gesellschaftsvertraglichen Gestaltung ist daher die Frage, ob ihre Anerkennung ein Fehlgriff war, nicht mehr zu stellen.⁶²

Da sich das Problem der Existenzberechtigung jedenfalls aufgrund der höchstrichterlichen Anerkennung erledigt hat, kann hier die Diskussion auf die Bewältigung der Probleme beschränkt werden, die sich aus dem Zusammentreffen zweier verschiedener Gesellschaftstypen ergeben sowie auf die damit einhergehenden Gefahren. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber den Stimmen nicht gefolgt ist, die ihn zur Abschaffung der GmbH & Co. KG veranlassen und an ihre Stelle einen neuen gesellschaftsrechtlichen Typus, die *Handelsgesellschaft auf Einlagen* setzen wollten.⁶³ Der Gesetzgeber hat im Gegenteil gerade Bestimmungen für die GmbH & Co. KG eingeführt.⁶⁴

IV. PROBLEMAUFRISS: DISKREPANZ VON GMBH- UND KG-VERTRAGSRECHT

So sehr die GmbH & Co. KG aus wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Aspekten einerseits als eine zu bevorzugende Gesellschaftsform anzusehen ist, so wenig darf dies andererseits darüber hinwegtäuschen, dass erhebliche Reibungspunkte entstehen, da das gesetzliche Normalstatut einer GmbH weitgehende Unterschiede zu dem einer KG aufweist. Das steuerlich und wirtschaftlich Wünschenswerte steht daher immer unter dem Vorbehalt des gesellschaftsrechtlich Möglichen. In der Annäherung der unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen – man spricht von der Verzahnung,⁶⁵ Synchronisierung⁶⁶, Verkoppelung⁶⁷ oder Verklammerung⁶⁸ der Gesellschaftsverträge – durch geschickte vertragliche Regelung zeigt sich der Meister der GmbH & Co.- Gestaltung.⁶⁹ Das Bedürfnis nach Abstimmung steigt mit zunehmender Verdichtung der Beziehungen zwischen den Gesellschaftern von KG und Komplementär GmbH. Es lassen sich zwei Grundformen für die GmbH & Co. KG unterscheiden:

1. Die „Echte“ GmbH & Co. KG

Unter einer echten GmbH & Co. KG versteht man regelmäßig eine personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co. KG, bei der Kommanditisten und GmbH-Gesellschafter im gleichen Beteiligungsverhältnis personenidentisch sind. Der Beteiligungseinfluss ist somit in beiden Gesellschaften gleich.⁷⁰ Eine Steigerung der Verdichtung tritt dann ein, wenn der Zweck und die Betätigung der GmbH unter Verzicht auf eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit einzig und allein in der persönlichen Haftung als einzige Komplementärin der GmbH & Co. KG besteht, sie also selbst kein Unternehmen betreibt.⁷¹ Diese Konstellation soll nach der hier vertretenen Meinung als echte GmbH & Co. KG bezeichnet werden.

Die Terminologie ist allerdings alles andere als einheitlich, eine klare Linie lässt sich nicht herausarbeiten: Man spricht bei der Konstellation einer GmbH & Co. KG mit einer nicht selbständig wirtschaftenden GmbH als einziger Komplementärin, deren Gesellschafter zugleich Kommanditisten sind, vielfach von einer GmbH & Co. KG im engeren Sinne.⁷² Gebräuchlich ist auch die Bezeichnung als typische GmbH & Co. KG.⁷³ *Karsten Schmidt*⁷⁴ versteht

⁵⁹ *Karsten Schmidt*, GmbHR 1984, 272, 273.

⁶⁰ *Karsten Schmidt*, GmbHR 1984, 272, 277.

⁶¹ Vgl. oben 1. Kapitel: II, S. 1.

⁶² *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 I.3b)ee).

⁶³ Vgl. hierzu Arbeitskreis GmbH-Reform: Die Handelsgesellschaft auf Einlagen; grundsätzlich zustimmend, aber mit kritischen Anmerkungen *Barz*, NJW 1972, 465, 466 ff.

⁶⁴ Vgl. die Bestimmungen unter Fn. 45.

⁶⁵ *Binz*, GmbH & Co., § 5; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 91, 107 ff.; *Karsten Schmidt*, GmbHR 1984, 272, 278.

⁶⁶ Fetsch, in: 18. Deutscher Notartag 1969, S. 111 ff.

⁶⁷ *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., 1. Auflage, S. 34.

⁶⁸ Diesen Begriff verwendet *Esch*, BB 1991, 1129.

⁶⁹ *Karsten Schmidt*, GmbHR 1984, 272, 278.

⁷⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 6; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 2; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 98. *Wiethölter*, GmbH & Co. KG, S. 32 bezeichnet eine GmbH & Co. mit voller oder annähernder Mitgliederidentität als „OHG mit beschränkter Haftung“ bzw. „GmbH ohne GmbH-Recht“, wodurch betont werden soll, dass es sich um gleich geordnete Gesellschafter handelt, von denen keiner nach außen haftet, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II.3.c).

⁷¹ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II.3.a).

⁷² Vgl. *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 3; *Hunscha*, GmbH & Co. KG als Alleingesellschafterin ihrer GmbH-Komplementärin, S. 2; *Schilling*, JR 1964, S. 252.

unter einer typischen GmbH & Co. KG dagegen zunächst nur, dass die GmbH einzige Komplementärin ist und sich deren Zweck und Betätigung in der Wahrnehmung der Komplementär-Tätigkeit erschöpfen. Dagegen charakterisiert er die typische GmbH & Co. KG an andere Stelle⁷⁵ dahingehend, dass sie nur eine GmbH-Komplementärin aufweist, deren Geschäftsanteile zumindest von einzelnen Kommanditisten gehalten werden, wobei die GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt ist und deren Funktion sich in der Komplementäreigenschaft erschöpft.

Liegt eine personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co. KG vor, so ist die Bezeichnung als echte GmbH & Co. KG gebräuchlich.⁷⁶ Teilweise wird auch wie folgt differenziert: Eine GmbH & Co. KG, bei der nur ein Komplementär, nämlich die GmbH vorhanden ist, wird als echte, eigentliche oder typische GmbH & Co. KG bezeichnet. Wenn darüber hinaus die Kommanditisten – meist in demselben Verhältnis – auch an der GmbH beteiligt sind, wird die Bezeichnung „GmbH & Co. KG im engsten Sinne“ oder „identische GmbH & Co. KG“ verwendet.⁷⁷

2. Die „Unechte“ GmbH & Co. KG

Diese Form der GmbH & Co. KG ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschafter der GmbH und die Kommanditisten der KG entweder verschiedene Personen sind oder ihre Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften voneinander abweichen.⁷⁸

3. Gestaltungsbedarf

Das Bedürfnis nach Koordination von GmbH- und KG-Recht steigt mit zunehmender Angleichung der Personen- und Beteiligungsverhältnisse und ist daher besonders relevant im Rahmen der personen- und beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG. Bei einer GmbH & Co. KG, die durch gleiche Personen und Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften geprägt ist, besteht eine ganz andere Interessenlage im Hinblick auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, als dies bei einer „unechten“ GmbH & Co. KG der Fall ist. Bei letzterer nimmt die Komplementär-GmbH regelmäßig eine Sonderstellung ein, während die Kommanditisten vom Einfluss auf die Geschäftsführung weitgehend ausgeschlossen sind und vielmehr als Kapitalgeber im Hintergrund fungieren.⁷⁹

Zwar ist es auch im Rahmen der „unechten“ GmbH & Co. KG wichtig, die Gesellschaftsverträge zu koordinieren, insbesondere im Hinblick auf die Willensbildung in beiden Gesellschaften. Die Abstimmung der Verträge ist jedoch darauf gerichtet, den Einfluss der Kommanditisten auf bloße Kontrollrechte zu beschränken, bei gleichzeitiger Stärkung der Gesellschafter der Komplementär-GmbH.⁸⁰

Bei der personen- und beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG ist dagegen bereits durch die Gestaltungsform eine Annäherung der Gesellschaftsverträge im Sinne einer faktischen Verzahnung beider Gesellschaften vorgezeichnet. Dennoch stellen sich gerade aufgrund dieser erhöhten Verdichtung besondere Anforderungen an die Verankerung und Vervollständigung dieses faktischen Gleichlaufs in den Vertragsstatuten. Die Gesellschafter sind natürlich bestrebt, für einen Fortbestand der gleichen Beteiligungsstrukturen in beiden Gesellschaften zu sorgen und auch im Übrigen die Arbeitsweise in beiden Gesellschaften möglichst parallel zu gestalten, um ihren Einfluss sichern zu können. Es geht hier aufgrund der regelmäßig geringen Gesellschafterzahl im Verhältnis zur unechten GmbH & Co. KG gerade um eine Sicherung ihrer Rechtsstellung. Zu verhindern ist vor allem, dass sich die Beteiligungsverhältnisse an der einen oder anderen Gesellschaft verselbständigen.⁸¹ Es muss ein einheitliches rechtliches Verhalten in beiden Gesellschaften gewährleistet sein, indem gesellschaftsvertraglich Vorsorge vor allem für die Fälle des Austritts, des Ausschlusses, der Anteilsveräußerung und -belastung etc. getroffen wird.⁸² Zu denken ist nur an die ansonsten problemlose Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen nach § 15 GmbHG, wogegen die Übertragung der Kommanditbeteiligung als Grundlagengeschäft grundsätzlich die Zustimmung aller Gesellschafter voraussetzt.⁸³

⁷³ Vgl. *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 122.

⁷⁴ Gesellschaftsrecht, § 56 II.3.a).

⁷⁵ GmbHHR 2002, 1209.

⁷⁶ Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177a Rn. 6; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 2; *Michalski-Michalski*, Syst. Darst. 1 Rn. 161.

⁷⁷ Vgl. *Binz*, Die GmbH & Co., § 1 Rn. 3.

⁷⁸ *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 7; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 4.

⁷⁹ *Binz*, Die GmbH & Co., § 5 Rn. 1. So bei der kapitalgesellschaftsähnlichen Publikumsgesellschaft: Geldgeber sind die Kommanditisten, beherrschend die Gesellschafter der GmbH oder Außenstehende, *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 10; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 25 ff. Dabei handelt es sich rechtlich um eine Personengesellschaft, i.d.R. eine GmbH & Co. KG (aber auch andere Formen, z.B. stille Gesellschaft), die, im Gegensatz zur personalistischen Gesellschaft (**2. Kapitel: I.3.a)aa)(2), S. 11**), zur Kapitalsammlung eine unbestimmte Vielzahl rein kapitalistisch beteiligter Kommanditisten als Anlagegesellschaften aufgrund eines fertig vorformulierten Gesellschaftsvertrags aufnehmen soll, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177a Rn. 52.

⁸⁰ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 5.

⁸¹ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 3; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 98; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II.3.c).

⁸² *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 107; *Heymann-Horn*, HGB, § 161 Rn. 120; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 3; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 98; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II.3.c).

⁸³ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 70.

V. GANG DER DARSTELLUNG

Da die Problematik der Verklammerung der Gesellschafterstellung in Komplementär-GmbH und KG somit in der echten GmbH & Co. KG von existenziellem Interesse für die Gesellschafter ist, soll auch diese am häufigsten anzutreffenden Variante der GmbH & Co. KG untersucht werden. Sie weist die folgende Merkmale auf:

- Es ist nur ein Komplementär vorhanden, nämlich die GmbH
- Zweck und Betätigung der GmbH erschöpfen sich darin, Komplementärin der GmbH & Co. KG zu sein, ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten⁸⁴
- Es herrschen gleiche Personen- und Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften.

Die folgende Untersuchung dieser echten GmbH & Co. KG beginnt damit, die problematischen Bereiche herauszuarbeiten, in denen Personengesellschafts- und Kapitalgesellschaftsrecht aufeinander treffen. Für diese gilt es dann zunächst, die betreffenden Bestimmungen zu harmonisieren – mit anderen Worten, einen potenziellen Gleichlauf in beiden Gesellschaften zu erreichen (2. Kapitel). Am Anfang werden allgemeine Probleme, wie *Gesellschafterbeschlüsse und Stimmrecht, Gewinnbezugsrecht und Kapitalerhöhungen* und das *Informationsrecht der Gesellschafter* behandelt. Es folgen spezielle Probleme, wobei entsprechend den möglichen Problemursachen differenziert wird zwischen *Maßnahmen des Gesellschafters* (Austritt aus der Gesellschaft, rechtsgeschäftliche Verfügungen über die Mitgliedschaft), *Maßnahmen Dritter* (Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Privatgläubigers und Insolvenz eines Gesellschafters),⁸⁵ sowie dem *Tod eines Gesellschafters*.

Erst dann wird die Verzahnung dieser Bereiche erörtert (3. Kapitel: I.), die sicherstellen soll, dass dem durch Harmonisierung erreichten potentiellen Gleichlauf einer in tatsächlicher Hinsicht folgt.⁸⁶ Eingegangen wird dabei zunächst auf *Kapitalerhöhungen* und *Maßnahmen des Gesellschafters*. Sodann werden mit den Gliederungspunkten *Maßnahmen der Mitgesellschafter: Ausschließung eines Gesellschafters* und *Maßnahmen der Gesellschafter im Hinblick auf den Bestand der Gesellschaft* Problembereiche behandelt, die letztlich bereits gesetzlich harmonisiert sind. Anschließend geht es dann um *Maßnahmen Dritter* und den *Tod eines Gesellschafters*.

Die Kapitel 2 und 3 sind vor allem auch geprägt durch vertragsgestalterische Ausführungen. Schwerpunkt neben der Erörterung der unterschiedlichen rechtlichen Lage in KG und Komplementär-GmbH ist dabei die Diskussion und Formulierung möglicher Vertragsklauseln, die die Harmonisierung bzw. Verzahnung der Rechtsbereiche sicherstellen sollen.

Schließlich soll unter dem Gliederungspunkt 3. *Kapitel: II.* ein knapper Abriss anderer Lösungsvorschläge für die Problematik des Zusammentreffens von unterschiedlichem Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht gegeben werden. Zu nennen sind hier die BGB-Gesellschaft, die Holding-Gesellschaft und vor allem die Einheitsgesellschaft. Leider kann vor allem auf die höchst komplexe und interessante Problematik der Einheitsgesellschaft nur am Rande eingegangen werden, da jede ausführlichere Beschäftigung den Rahmen einer Dissertation sprengen würde. Zugegebenermaßen war die Einheitsgesellschaft das ursprünglich geplante Dissertationsthema. Man kann jedoch die Einheitsgesellschaft selbst erst dann begreifen, wenn man sich vorher die Ursachen für die Konstruktion eines derartigen Rechtsgebildes vor Augen geführt hat, die gerade in der Verzahnungsproblematik der „herkömmlichen“ GmbH & Co. KG wurzeln. Eine Beschäftigung mit den Problemen der herkömmlichen GmbH & Co. KG sollte daher zunächst erfolgen. Nach der Bearbeitung der ersten Gliederungspunkte wurde jedoch schnell klar, dass der Umfang einer Dissertation nur die Behandlung einer Problematik, also entweder der Einheitsgesellschaft oder deren Ursachen, zulässt. Die Wahl fiel auf letzteren Aspekt, so dass die Diskussion der Einheitsgesellschaft einer weiteren wissenschaftlichen Arbeit vorbehalten bleiben muss.

2. KAPITEL: HARMONISIERUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON KG UND KOMPLEMENTÄR-GMBH

I. GESELLSCHAFTERBESCHLÜSSE UND STIMMRECHT

Die Harmonisierung in diesem Bereich stellt den Kautelarjuristen vor besondere Schwierigkeiten, da die Willensbildung in zwei Gesellschaften unterschieden werden muss, die darüber hinaus ihrem gesetzlichen Leitbild nach

⁸⁴ Die GmbH bleibt auch für den Fall, dass sie selbst nicht Trägerin eines Unternehmens ist, Handelsgesellschaft. Grund ist, dass die GmbH gemäß § 13 III GmbH notwendig Handelsgesellschaft ist im Sinne von § 6 I HGB. Sie ist Formkaufmann gemäß § 6 II HGB, vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II.1.b).

⁸⁵ Vgl. zu dieser Differenzierung *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 3.

⁸⁶ Zur Begrifflichkeit: Es ist also durchaus ein Unterschied zwischen bloßer Harmonisierung der Gesellschaftsverträge und Verzahnung derselben gegeben. Durch die Harmonisierung der teils sehr unterschiedlichen GmbH- und KG- Bestimmungen wird durch Angleichung der Bestimmungen lediglich die Basis für einen Gleichlauf geschaffen. Ein tatsächlicher Gleichlauf kann jedoch nur dadurch gewährleistet werden, dass die Gesellschafter der potenziellen Parallelität des rechtlichen Verhaltens in beiden Gesellschaften auch Taten folgen lassen. Ein einheitliches Verhalten kann nur dadurch erzwungen werden, dass die Verträge über die bloße Harmonisierung hinaus verzahnt werden, indem letztendlich die rechtlichen Möglichkeiten in der einen Gesellschaft an ein paralleles Verhalten in der anderen Gesellschaft gekoppelt werden, vgl. *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 91, 107.

über unterschiedliche, weitgehend dispositive, Regelungskonzepte hinsichtlich der Bildung des Gesellschaftswillens verfügen.⁸⁷

1. Problemaufriss: Mehrheitsbeschlüsse (GmbH) bzw. Einheitlichkeit der Willensbildung (KG)

Die Gefahr eines Auseinanderdriftens von Komplementär-GmbH und KG zeigt sich schon, wenn man nur die Regelungen vergleicht, nach denen sich die Willensbildung in beiden Gesellschaften vollzieht.

a) Grundsätzliche Rechtslage

Die Beschlussfassung im Rahmen der Komplementär-GmbH erfolgt grundsätzlich gemäß § 47 I GmbHG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen in der Gesellschafterversammlung nach § 48 I GmbHG. Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedeutet im Regelfall, dass einfache Mehrheit genügt, also mindestens eine Ja-Stimme mehr abgegeben werden muss als Nein-Stimmen, aber auch ausreichend ist, um einen positiven Beschluss zustandezubringen. Qualifizierte Mehrheiten sind nur dort erforderlich, wo sich dies aus der Satzung oder dem Gesetz⁸⁸ ergibt. Stimmenthaltungen und ungültige Stimmen sind nicht mitzuzählen.⁸⁹

Die Gesellschafterbeschlüsse der KG werden dagegen grundsätzlich einstimmig gefasst, §§ 161 II, 119 I HGB.⁹⁰

b) Problematik der Gesellschaftsauflösung

Besonders deutlich wird die Diskrepanz der Bestimmungen, wenn man die Auflösung der Gesellschaften untersucht. Während für eine Auflösung der KG nach §§ 161 II, 131 I Nr. 2, 119 I HGB die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, kann die Komplementär-GmbH durch eine Mehrheit von drei Vierteln aufgelöst werden, § 60 I Nr. 2 GmbHG. Die Beendigung der GmbH ist dabei nicht ohne Auswirkungen auf die Rechtslage in der KG. Vielmehr hat jedenfalls die Vollbeendigung der GmbH nach erfolgter Liquidation auch die Auflösung der KG zur Folge.⁹¹ Damit wiederum wäre der Verlust des den Kommanditisten durch das Einstimmigkeitsprinzip innerhalb der KG gewährten Schutzes verbunden, da bereits eine bloße Mehrheit den Bestand der KG über eine Auflösung der GmbH gefährden könnte.⁹²

Dies macht jedenfalls eine Regelung der Beschlussfassung unentbehrlich.

2. Fazit: Erfordernis der Schaffung einer Einheitsversammlung

Ansatzpunkt für die Problematik ist, dass zwei Gesellschaften vorliegen und daher auch die Willensbildung in zwei Gesellschaften unterschieden werden muss. Diese Differenzierung ist grundsätzlich unproblematisch, wenn eine nicht personengleiche GmbH & Co. KG gegeben ist, insbesondere eine kapitalgesellschaftsähnliche Publikums-KG.⁹³ Gleiches gilt, wenn die GmbH nicht nur auf die Komplementärtätigkeit in einer einzigen KG beschränkt ist.⁹⁴

Ganz anders ist die Rechtslage allerdings bei der hier zu vertiefenden echten GmbH & Co. KG.⁹⁵ Aus der Sicht der Gesellschafter besteht hier kein Bedürfnis, zwischen der Willensbildung in zwei Gesellschaften zu unterscheiden. Die Gesellschafter werden oft nicht einmal wissen, ob sie gerade einen KG-Beschluss fassen oder an der Willensbildung innerhalb der Komplementär-GmbH teilnehmen, zumal aufgrund der einer echten GmbH & Co. KG innewohnenden faktischen Verzahnung⁹⁶ und der fehlenden eigenwirtschaftlichen Betätigung der GmbH deren Willensbildung ebenfalls auf das Schicksal der KG ausgerichtet ist.⁹⁷ Dies gilt umso mehr, wenn die GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt ist und daher vom Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der KG ausgeschlossen wird.⁹⁸ Dann besteht nämlich aus personeller Sicht kein Unterschied zwischen Gesellschafterversammlung der KG und der GmbH.

⁸⁷ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 1.

⁸⁸ Qualifizierte Mehrheiten erfordern Satzungsänderungen sowie Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, § 53 II 1 GmbHG, die Auflösung der Gesellschaft, § 60 I Nr. 2 GmbHG, Verschmelzung, § 50 I UmwG, Spaltung, §§ 125 i.V.m. 50 I UmwG, Vermögensübertragung, §§ 176 I i.V.m. 50 I UmwG, §§ 177, 125 i.V.m. 50 I UmwG, formwechselnde Umwandlung, §§ 233 I, II, 240 I, II UmwG, vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 14.

⁸⁹ BGH, Urteil vom 28.1.1980, BGHZ 76, 154, 156; Urteil vom 23.3.1981, BGHZ 80, 212, 215; Urteil vom 25.1.1982, BGHZ 83, 35 f.; Urteil vom 21.3.1988, BGHZ 104, 66, 74; MünchHandbuchGmbH-Wolff, § 39 Rn. 6; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 8, 12, 17; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 3 f.; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 554 ff., 559 f., 561; Roth/Altmeyen-Roth, § 47 Rn. 3 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 3 f., 8; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 14 f.

⁹⁰ Dieser Grundsatz bleibt auch dann bestehen, wenn eine GmbH als juristische Person Komplementär der KG wird, für die der Grundsatz der Mehrheitsentscheidung gilt, vgl. Eickhoff Rn. 333.

⁹¹ Vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)aa)(5)(c), S. 211.

⁹² Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261, 263.

⁹³ Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 Rn. 10.

⁹⁴ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co., § 16 Rn. 101; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.2.a).

⁹⁵ Vgl. zur Terminologie oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5

⁹⁶ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 2.

⁹⁷ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.2.a).

⁹⁸ Vgl. unten 2. Kapitel: I.3.c)cc), S. 24.

Zur Wahrung der gleichen Einflussnahme der Gesellschafter, die an beiden Gesellschaften in demselben Verhältnis beteiligt sind, muss die interne Willensbildung übereinstimmend ausgestaltet werden.⁹⁹ Erforderlich ist also entweder eine Angleichung des GmbH-Rechts an das KG-Recht oder umgekehrt. Zu beachten ist dabei, dass die Willensbildung in der GmbH durch die §§ 45 bis 51 sowie 53 GmbHG vorgeprägt ist, während für die GmbH & Co. KG kein formalisiertes Willensbildungsverfahren existiert.¹⁰⁰ Bestimmungen über eine Gesellschafterversammlung existieren nicht und sind nach dem gesetzlichen Leitbild auch nicht erforderlich.¹⁰¹ Die Typik der GmbH & Co. KG im engeren Sinne spricht daher für eine Orientierung am GmbH-Recht, speziell an § 47 I GmbHG.¹⁰² Dies lässt sich schon damit begründen, dass dies die zweckmäßigste Lösung ist, da durch die Einstimmigkeit die Willensbildung in der KG bereits bei geringsten Meinungsverschiedenheiten lahm gelegt wäre mit der Folge der Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft.¹⁰³

Erforderlich ist aus diesem Grunde jedenfalls eine Anpassung der Abstimmungsregelungen. Nur dann brauchen sich die Gesellschafter um die richtige Zuordnung der Beschlüsse keine Gedanken zu machen. Denn in diesem Fall kann jeder in GmbH-Zuständigkeit gefasste Beschluss als GmbH-Beschluss gesehen werden und jeder in KG-Zuständigkeit gefasste Beschluss als Kommanditistenbeschluss, ohne dass auf unterschiedliche Bestimmungen der Willensbildung Rücksicht genommen werden müsste.¹⁰⁴ Doch ist damit ein Gleichlauf noch nicht gesichert. Dies setzt vielmehr zusätzlich voraus, dass zunächst die Zuständigkeitsverteilung geklärt wird, mit anderen Worten, entschieden wird, welche Entscheidungen durch die Komplementär-GmbH getroffen werden ohne Mitwirkung der Kommanditisten und welche einer Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung bedürfen, was überhaupt erst die Schaffung einer solchen voraussetzt. Erst dann kann man sich an die Bestimmungen heranwagen, die das Beschlussverfahren regeln, mit anderen Worten die Einberufung und den Ablauf der Gesellschafterversammlung sowie letztlich die Abstimmung und Fassung der Beschlüsse.¹⁰⁵

Es ist somit erforderlich, alle für die Willensbildung wichtigen Regelungskomplexe exakt aufeinander abzustimmen. Aufgrund der Tatsache, dass rein äußerlich nur eine Gesellschafterversammlung stattfindet, bietet es sich an, dadurch eine Einheitsversammlung zu schaffen, dass die Bestimmungen der beiden Verträge vollständig vereinheitlicht werden, indem man das Modell des GmbH-Gesetzes – inklusive der satzungsrechtlichen Abweichungen – auf die KG überträgt. Es wird dadurch ein Doppelorgan geschaffen und so gewährleistet, dass jeder in KG-Zuständigkeit gefasste Beschluss als KG-Beschluss und jeder in GmbH-Zuständigkeit gefasste Beschluss als GmbH-Beschluss angesehen werden kann.¹⁰⁶ Im Rechtssinne wird man dabei von zwei in Personalunion tagenden Gesellschafterversammlungen sprechen.¹⁰⁷

Obwohl dieses Modell den praktischen Interessen der Gesellschafter optimal entspricht, steht eine derartige Vertragsgestaltung freilich unter dem Vorbehalt der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit, die es im Folgenden zu untersuchen gilt. Insbesondere die Übernahme des Beschlussverfahrens bereitet dabei nicht unerhebliche Schwierigkeiten.

⁹⁹ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 13.

¹⁰⁰ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 3 5. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, dass Personengesellschaften nach dem Ideal des Gesetzgebers, eine auf Vertrauen beruhende Arbeits- und Haftungsgemeinschaft sind, bei der aus diesem Grunde auch alle persönlich haftenden Gesellschafter grundsätzlich die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft haben und den Geschäftsführungsentscheidungen der anderen Gesellschafter widersprechen können, §§ 161 II, 115, Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 5.¹⁰¹ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 5.

¹⁰² Scholz-Karsten Schmidt, GmbHG, Anh. § 45 Rn. 23; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.2.a).

¹⁰³ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 166.

¹⁰⁴ Kasten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.2.a).

¹⁰⁵ Eickhoff Rn. 312; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 11; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 57; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 IV.2.a).

¹⁰⁶ Eickhoff Rn. 318; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 305; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 123; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 57; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 IV. Es wird des Weiteren auch vorgeschlagen, die Verzahnungsprobleme durch die Schaffung eines Repräsentativorgans zu lösen, indem die Kontroll- und Entscheidungskompetenzen der Gesellschafter auf eigenständig geschaffene Organe, wie etwa einen Beirat oder einen Gesellschafterausschuss, der personenidentisch für beide Gesellschaften geschaffen wird, übertragen werden, Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 18 Rn. 28 ff.; MünchHandbuchGmbH-Marsch-Barnert/Diekmann, §§ 48, 49; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 62 ff. m.w.N. Zumindest bei Gesellschaften mit einer geringen Gesellschafterzahl wird sich eine solche Lösung allerdings nicht empfehlen. Wenn die Repräsentativverfassung nicht nur auf die laufenden Angelegenheiten beschränkt ist, sondern darüber hinaus auch auf Strukturveränderungen im Gesellschafterkreis ausgedehnt wird, droht dies entgegen den Interessen der Gesellschafter deren Individualrechte zu degenerieren, Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 125; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 63. Es gilt zudem bei der hier relevanten echten GmbH & Co. KG gerade die Prämisse, dass es den Gesellschaftern um die Wahrung gleichen Einflusses in beiden Gesellschaften geht. Auf diese Weise würden sie sich aber letztlich selbst entmachten. Gerade die Lösung der Verzahnungsprobleme wird immer wieder als Argument für die Schaffung einer so genannten Einheitsgesellschaft herangezogen, bei der die KG alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH wird. Doch birgt auch diese Gesellschaftsform erhebliche Schwierigkeiten, die einen nicht unerheblichen Gestaltungsaufwand nach sich ziehen, vgl. dazu unten **3. Kapitel: II.1, S. 229.**

¹⁰⁷ Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 26. Praktisch wird sich dies aber nur dann auswirken, wenn es um die Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses, speziell um die Frage der Anfechtbarkeit auch der Beschlüsse geht, die für die GmbH & Co. KG gefasst sind, Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 26; vgl. zur umstrittenen Problematik der Anfechtung der Gesellschafterbeschlüsse einer Personengesellschaft ausführlich Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 48 ff. m.w.N.

3. Angleichung der Rechtslage in der KG an diejenige der Komplementär-GmbH

Die Verwirklichung einer Einheitsversammlung erfordert zunächst die Ermöglichung von Mehrheitsbeschlüssen auch innerhalb der KG, die Abgleichung von Einberufung und Ablauf der Gesellschafterversammlung und schließlich eine genaue Regelung des Stimmrechts selbst.

a) Ermöglichung von Mehrheitsbeschlüssen

Würde man es bei der in für die KG bestehenden gesetzlichen Lage belassen, so stünden einer sachgerechten Beschlussfassung erhebliche praktische Hindernisse entgegen. Wenn der Gesellschaftsvertrag keine Regelung enthält, müssten alle Gesellschafter die zur Beschlussfassung gestellten Anträge mittragen. Folge ist, dass schon für die Beschlussfähigkeit innerhalb der KG alle Gesellschafter an der Gesellschafterversammlung teilnehmen müssen.

In den KG- Vertrag muss daher eine Mehrheitsklausel aufgenommen werden, vgl. § 119 II HGB. Die Freiheit, durch Vertrag Mehrheitsentscheidungen zuzulassen, ist vom Recht der Personengesellschaften ebenso wenig wegzudenken, wie die – von Ausnahmen abgesehene¹⁰⁸ – grundsätzliche Geltung des Einstimmigkeitsprinzips bei fehlender abweichender Vereinbarung.¹⁰⁹

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG das Prinzip der Einstimmigkeit durch die Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen abzulösen, findet zwar weitgehende Anerkennung. Dennoch sind ihr Grenzen gesetzt. Eine Einschränkung erfährt das Mehrheitsprinzip vor allem durch den Bestimmtheitsgrundsatz. Er geht zurück auf ein Grundsatzurteil des Reichsgerichts vom 23.11.1917, RGZ 91, 166, 168. Die Entwicklung des Bestimmtheitsgrundsatzes knüpft an das in der allgemeinen Vertragslehre wurzelnde Konsensprinzip an und setzt dieses voraus. Grundsätzlich erfordern Änderungen eines einheitlich abgeschlossenen Vertrages eine einvernehmliche Entscheidung der Vertragsparteien. Vertragsänderungen, die ohne Zustimmung eines Vertragspartners erfolgen, werden demnach dem Konsensprinzip nur gerecht, wenn entweder bereits vorab eine Zustimmung erfolgte oder er sich seines Vetorechts entäußert hat.¹¹⁰

Der Bestimmtheitsgrundsatz besagt, dass Vertragsklauseln, die Mehrheitsbeschlüsse betreffen, eng auszulegen sind, da sie Gefahren für die Gesellschafter bergen. Eine allgemein gehaltene Mehrheitsklausel gilt demnach zwar problemlos für Beschlüsse über laufende Geschäftsführungssachen, nicht dagegen für Grundlagengeschäfte.¹¹¹

¹⁰⁸ Solche sind insbesondere dann anzunehmen, wenn – vor allem aufgrund der Treuepflicht der Gesellschafter – eine Stimmpflicht besteht. Die Treuepflicht der Gesellschafter besteht gegenüber der Gesellschaft und untereinander. Aus ihr ergibt sich positiv die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, und negativ die Pflicht, alles zu unterlassen, was die Interessen schädigt, BGH, Urteil vom 24.2.1954, BGHZ 12, 308, 319 f.; Urteil vom 27.6.1957, BGHZ 25, 47, 53; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 109 Rn. 23; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 109 Rn. 12. Strittig, aber bedeutungslos, ist die Frage, ob die Treuepflicht aus dem Gesellschaftsvertrag (*MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 182) oder aus § 242 BGB folgt (*Erman-H. P. Westermann*, § 705 Rn. 47).

Erforderlich ist zwar grundsätzlich die Erhebung einer Klage auf Zustimmung mit der Folge des § 894 ZPO, vgl. BGH, Urteil vom 12.10.1959, NJW 1960, 91; Urteil vom 28.4.1975, BGHZ 64, 253, 259; BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408; BGH, Beschluss vom 25.5.1992, DStR 1992, 1102, 1103; *GroßkommentarHGB-Ulmer*, § 105 Rn. 250. Eine solche Zustimmungsklage wird jedoch insbesondere dann für entbehrlich gehalten, wenn es sich um reine Geschäftsführungsangelegenheiten handelt und es pflichtwidrig ist, das Zustandekommen eines einstimmigen Beschlusses zu verhindern, *Ebenroth/Boujong/Joost-Goette*, HGB, § 119 Rn. 25; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 48. Etwas anderes wurde aber etwa auch angenommen bei Maßnahmen, die die notwendig gewordene Aufgabe des Geschäftsbetriebes erfordert (BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 81/59, NJW 1960, 434, 435) oder bei Vertragsänderungen hinsichtlich Publikumsgesellschaften (BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408); jedenfalls ist eine Klage entbehrlich, wenn der Gesellschafter durch seine Zustimmungsverweigerung lediglich seinen „Lästigkeitswert“ steigern will, die Maßnahme aber für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit erforderlich oder sonst von existenzieller Bedeutung ist, BGH, Beschluss vom 25.5.1992, DStR 1992, 1102, 1103 mit weiteren Nachweisen. Die ablehnende Stimme ist dann nicht mitzuzählen, BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 81/59, NJW 1960, 434, 435; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 109 Rn. 28 i.V.m. § 119 Rn. 7; *Ebenroth/Boujong/Joost-Goette*, HGB, § 119 Rn. 44 i.V.m. 25; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 48. Es findet sich allerdings – wie diese Ausführungen zeigen – weder in Rechtsprechung noch Literatur eine einheitliche Linie. Interessant ist allerdings der Ansatz von *Ulmer*, der danach differenziert, ob es sich um Beschlüsse mit Außenwirkung handelt, die die Gesellschaft als Organisation betreffen, oder um solche ohne Außenwirkung, insbesondere Geschäftsführungsmaßnahmen oder Vertragsänderungen mit lediglich innerer (schuldvertraglicher) Wirkung. In letzterem Fall könne auf die Zustimmungsklage verzichtet werden, *GroßkommentarHGB-Ulmer*, § 105 Rn. 250; zustimmend *Baumbach/Hopt*, HGB, § 109 Rn. 28.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 354. Folge des Mehrheitsprinzips kann eine Erweiterung der Rechtsstellung der Kommanditisten sein, falls auch Maßnahmen der gewöhnlichen Geschäftsführung erfasst werden, für die grundsätzlich nur die Komplementär-GmbH nach § 161 II, 116 I HGB zuständig ist. Die Kommanditisten sind davon nach § 164 HGB ausgeschlossen. Denkbar sind aber auch Einschränkungen, da die Kommanditisten auch bei Grundlagengeschäften, wie Vertragsänderungen, kein Vetorecht mehr haben, vgl. *Eickhoff*, Rn 333.

¹¹⁰ Vgl. *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 104; vgl. zur dogmatischen Grundlage auch unten **2. Kapitel: I.3.a)bb), S. 19**.

¹¹¹ Reichsgericht, Urteil vom 15.10.1926, RGZ 114, 393, 395; Urteil vom 15.5.1936, RGZ 151, 321 327; BGH, Urteil vom 14.11.1960, DB 1961, 402 f.; Urteil vom 15.6.1987, GmbHR 1988, 20, 22; *Scholz-Karsten Schmidt*, GmbHG, Anh. § 45 Rn. 24 m.w.N.

Ein vergleichbarer Schutz der GmbH-Gesellschafter ist nur anerkannt, wenn es um deren Rechtsstellung geht. So kann zwar die Satzung gemäß § 53 II 1 GmbHG mit einer drei Viertel-Mehrheit geändert werden, doch bedarf es der Zustimmung der in ihrer Rechtsstellung betroffenen Gesellschafter. Zu differenzieren ist insoweit zwischen absolut unentziehbaren Rechten (z.B. das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung in seinem Kerngehalt), die dem Gesellschafter auch mit seiner Zustimmung weder in der anfänglichen Satzung noch durch Satzungsänderung entzogen werden können, Sonderrechten (Entsenderecht in Aufsichtsrat) sowie relativ unentziehba-

(1) Grundsätzliche Anforderungen der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte den Bestimmtheitsgrundsatz ursprünglich als Korrektiv aufgestellt, weil im Personengesellschaftsrecht im Gegensatz zum Aktienrecht¹¹² und zum Recht der GmbH¹¹³ kein kodifizierter Minderheitenschutz existiert.¹¹⁴ Der Minderheit könne nicht unterstellt werden, sie unterwerfe sich der Mehrheit blindlings unter Inkaufnahme schwerwiegender Folgen. Dies werde der Minderheitsgesellschafter nur dann hinzunehmen bereit sein, wenn dieses Risiko für ihn kalkulierbar ist bei Vereinbarung der Klausel.¹¹⁵

Die Rechtsprechung versucht dabei, im Wege der Auslegung der Mehrheitsklausel dem Schutz der Minderheit gerecht zu werden. Sie differenziert dabei nach der Bedeutung des jeweiligen Beschlussgegenstands. Sofern im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG nur allgemein bestimmt ist, dass bei Gesellschafterbeschlüssen eine einfache Mehrheit ausreicht, so sind davon nur Geschäftsführungsbeschlüsse und laufende Angelegenheiten erfasst. Sollen von der Mehrheitsklausel auch Änderungen des Gesellschaftsvertrags erfasst sein, so bezieht sich dies nur auf gewöhnliche Vertragsänderungen. Weitergehende (ungewöhnliche) Vertragsänderungen können dagegen nur dann mit bloßer Mehrheit beschlossen werden, wenn sich gerade dieser Beschlussgegenstand un-
zweideutig aus der gesellschaftsvertraglichen Regelung ergibt.¹¹⁶

(2) Einschränkung der Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof wendet den Bestimmtheitsgrundsatz allerdings auch im Übrigen nicht uneingeschränkt an. So hat er ihn für die Publikumsgesellschaft¹¹⁷ sogar ganz aufgegeben. Der große Kreis der Gesellschafter würde bei Beibehaltung des Einstimmigkeitsprinzips nach § 119 I HGB die Gesellschaft lahm legen, weil ein einstimmiges Votum nahezu ausgeschlossen wäre und sich eine geschlossene Beteiligung an der Gesellschafterversammlung praktisch nicht erreichen ließe. Es wären daher auch Vertragsänderungen faktisch ausgeschlossen, die im Interesse der Gesellschafter liegen und bei denen eine Zustimmung außer Frage steht. Voraussetzung für einen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb ist daher gerade das Fehlen von Einschränkungen, die der Bestimmtheitsgrundsatz der Vertragsgestaltung auferlegt.¹¹⁸ Der Grund hierfür ist letztlich darin zu suchen, dass in solchen „großen“ Gesellschaften Änderungsklauseln mit einem hinreichend bestimmten Inhalt kaum anzutreffen sind. Charakteristisch ist gerade, dass die Verträge von den Gründergesellschaftern formuliert werden, die auch die Leitungspositionen in der Gesellschaft bilden. Die später hinzukommenden Anlage-Gesellschafter haben auf die Vertragsgestaltung daher keinen Einfluss. Solche Gesellschaftsverträge enthalten daher vielfach aus Werbegründen oder wegen einseitiger Interessen der Gründer keinen Katalog für eventuell erforderlich werdende Vertragsänderungen, der dann greift, wenn etwa bei einem Versagen der Geschäftsführung oder einem drohenden Scheitern des Gesellschaftszwecks die Gesellschaftermehrheit über das weitere Schicksal der Gesellschaft zu entscheiden hat.¹¹⁹

In einer weiteren Entscheidung wurde dies auch für eine durch die Größe der Mitgliederzahl und eine körperchaftliche Verfassung vom gesetzlichen Leitbild abweichende Kommanditgesellschaft ausdrücklich bejaht. Darin kann allerdings keine Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes für eine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende personalistische Gesellschaft gesehen werden.¹²⁰ Diese weist sich durch einen überschaubaren Gesellschafterkreis aus, bei dem die Gesellschafter einander kennen, wie bei einer Familiengesellschaft.¹²¹ Sie stellt nach dem gesetzlichen Leitbild eine auf wechselseitigem Vertrauen der Mitglieder beruhende Arbeits- und Haftungsgemeinschaft dar.¹²² Der Bundesgerichtshof ging auf die Besonderheiten des Einzelfalls ein, zum einen den einstimmigen Beschluss, der letztendlich beinhaltet, den Bestimmtheitsgrundsatz nicht gelten zu lassen für Vertragsänderungen.¹²³ Zum anderen stellte der Bundesgerichtshof auf die Besonderheiten ab, die in der Struktur der Gesellschaft sowie vor allem in der Zahl der Mitglieder begründet waren, so dass die Abweichung von der normalen, dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Gesellschaft ein Maß annimmt, dass ein Vertrauen auf die Möglichkeit

ren Rechten (Stimmrecht, Gewinnbezugsrecht). Letztere können grundsätzlich mit Zustimmung eingeschränkt u. entzogen werden, vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner, § 53 Rn. 19; Scholz-Priester, § 53 Rn. 44 ff., siehe auch § 53 III GmbHG; vgl. hierzu ausführlich unten **2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15.**

¹¹² Vgl. §§ 120 I 2; 122; 130 I 2; 137; 138 3; 147 AktG.

¹¹³ Vgl. §§ 50; 61 II; 66 II GmbHG.

¹¹⁴ Hennerkes/Binz, BB 1983, 713, 714.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 351, 356.

¹¹⁶ RG, Urteil vom 23.11.1917, RGZ 91, 166, 167 f.; Urteil vom 15.5.1936, RGZ 151, 321, 327; BGH, Urteil vom 12.11.1952, BGHZ 8, 35, 41 f.; Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 72/67, BGHZ 48, 251, 253 ff.; Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 351, 355 f.; Urteil vom 15.6.1987, GmbHR 1988, 20, 22; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 37; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 335; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 169; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 119 Rn. 9; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 17; Scholz-Karsten Schmidt, GmbHG, Anh. § 45 Rn. 24.

¹¹⁷ Vgl. oben Fn. 79.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82, 85 f.; Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 165 f.; Urteil vom 13.3.1978, BGHZ 71, 53, 58; Baumbach/Hopt, HGB, § 177 a Rn. 69; Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB, § 177 a Anh. B Rn. 34; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 99, 165.

¹¹⁹ BGH; Urteil vom 13.3.1978, BGHZ 71, 53, 58.

¹²⁰ Vgl. insoweit ausdrücklich Kellermann/Stodolkowitz, S. 14.

¹²¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 II 2.d)aa), § 56 II.3.b).

¹²² Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 23.

¹²³ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 357.

der Erzielung eines Konsens nicht mehr gerechtfertigt ist.¹²⁴ Folge wäre auch hier, dass, für eine Fortführung der Gesellschaft dringend gebotene Maßnahmen, die beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags nicht katalogmäßig bedacht wurden, unterbleiben müssten bzw. nur über außerordentlich zeitaufwendige Zustimmungsklageverfahren durchgesetzt werden könnten, mithin frühestens zu einem Zeitpunkt, der aus wirtschaftlicher Sicht bereits zu spät sein kann.¹²⁵ Eine Ausnahme vom Bestimmtheitsgrundsatz wird dadurch kompensiert, dass aufgrund der körperschaftlichen Struktur der Gesellschaft eine unmittelbare Betroffenheit der Gesellschafter die Ausnahme ist.¹²⁶ Erforderlich ist folglich insoweit, genau auf die Gegebenheiten des Einzelfalls abzustellen, so dass sich eine schematische Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes verbietet. Es muss gerade differenziert werden, ob eine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende KG vorliegt oder Spezifika des Einzelfalls maßgeblich sind. Nur für Erstere soll der Bestimmtheitsgrundsatz gelten.¹²⁷ Der Bundesgerichtshof hat jedenfalls zu diesem Zeitpunkt seine Geltung nicht aufgegeben, was sich insbesondere daran zeigt, dass er in einer späteren Entscheidung die Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes bejahte, ohne auf die Problematik der Einschränkung bzw. Abkehr von diesem Prinzip einzugehen.¹²⁸

(3) Der Bestimmtheitsgrundsatz: Auch Mittel zur inhaltlichen Begrenzung von Mehrheitsentscheidungen?

(a) Ausgangspunkt

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof fand lange Zeit in den Reihen der Literatur Zustimmung.¹²⁹ So wurde der Bestimmtheitsgrundsatz als eines der Wesenselemente des Personengesellschaftsrechts gesehen.¹³⁰ In jüngerer Zeit mehren sich jedoch die Stimmen, die ihm kritisch gegenüber stehen.¹³¹ Ausgangspunkt für die Kritik ist, dass dem Bestimmtheitsgrundsatz neben dem Gebot der vertraglichen Eindeutigkeit auch die Funktion beigegeben wird, für eine inhaltliche Begrenzung der Mehrheitsherrschaft zu sorgen. Zum einen geht es um die formale Begründung der Mehrheitsherrschaft, sprich den Aspekt der vertraglichen Eindeutigkeit, zum anderen steht die inhaltliche Begrenzung der Mehrheitsherrschaft in Frage, also das Problem des materiellen Minderheitenschutzes.¹³²

Vor diesem Hintergrund wird bemängelt, dass er nur in der Lage ist, einen formellen Schutz zu bieten. Dies wird darauf zurückgeführt, dass man seinen Anforderungen durch die Gestaltung eines umfassenden Beschlusskataloges, für den das Mehrheitsprinzip gelten soll, gerecht werden kann.¹³³ Der Bestimmtheitsgrundsatz greife dann ins Leere und verliere seine Warnfunktion, da er seine ihm ursprünglich zugeordnete Aufgabe, für einen effektiven Schutz der Minderheit zu sorgen, aufgrund des Einfallsreichtums der Kautelarpraxis nicht mehr erfüllen könne. Im Ergebnis werde dadurch genau das erreicht, was der Bestimmtheitsgrundsatz gerade verhindern wolle, nämlich eine nahezu schrankenlose Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit der Gesellschafter.¹³⁴

Seine Geltung verhindere zudem häufig auf Grund veränderter steuerlicher oder wirtschaftlicher Geschäftsgrundlagen notwendige Änderungen des Gesellschaftsvertrags, ohne danach zu fragen, ob die konkrete Regelung überhaupt schutzwürdige Interessen einer Minderheit beeinträchtige. Ihm wird insoweit die erforderliche Flexibilität abgesprochen.¹³⁵ Die Berufung auf den Bestimmtheitsgrundsatz laufe häufig auf eine verdeckte Inhaltskontrolle hinaus, ohne dass die entscheidenden Wertungsgesichtspunkte, warum ein Beschlussgegenstand der Mehrheitsentscheidung unterliegt, ein anderer aber nicht, offen gelegt werden. Zudem sei eine sachgerechte inhaltliche Beschlusskontrolle durch den Bestimmtheitsgrundsatz eher verhindert, vor allem auch deshalb, weil der konkrete Inhalt des Beschlusses gerade nicht derart in der Mehrheitsklausel antizipiert sein müsse. Eng damit zusammenhängend sei die Problematik, dass häufig vom Zufall abhängt, ob nun ein Gegenstand von der Mehrheitsklausel erfasst werde. Er sei daher überholt. Mehrheitliche Vertragsänderungen sollten nicht daran scheitern, dass der fragliche Beschlussgegenstand nicht eindeutig i.S. des Bestimmtheitsgrundsatzes von der Mehrheitsklausel erfasst sei. Maßgebend sei allein, dass über eine Auslegung des Gesellschaftsvertrages auch Vertragsänderungen in die Klausel einbezogen werden können.¹³⁶

Uneinigkeit besteht jedoch innerhalb der Literatur, wie ein Interessenausgleich zwischen Mehrheitswillen und Minderheit zu bewerkstelligen ist: So soll der Schutz der Minderheit durch eine offene Inhaltskontrolle gesichert werden, wobei als Maßstab § 138 BGB dient,¹³⁷ teilweise aber auch an die gegenseitige Treuepflicht appelliert wird.¹³⁸ Nach anderer Auffassung soll der Bestimmtheitsgrundsatz durch die Kernbereichslehre ersetzt werden.¹³⁹

¹²⁴ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 358.

¹²⁵ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 358.

¹²⁶ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 358 f.

¹²⁷ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 356; *Schiessl*, DB 1986, 735, 737.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 13.5.1985, DB 1985, 2037, 2038.

¹²⁹ *Hueck*, Gesellschaftsrecht, § 14 III.2.; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 418 ff.

¹³⁰ *Reuter*, Perpetuierung, GmbHR 1981, 129, 138.

¹³¹ Vgl. *Mecke*, BB 1988, 2258, 2261 ff.

¹³² *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II.2.d); ders. ZHR 158 (1994), 205, 215.

¹³³ *Hennerkes/Binz*, BB 1983, 713, 714; *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 406 f.; *Schiessl*, DB 1986, 735, 736.

¹³⁴ *Hadding*, ZGR 1979, 636, 643; *Hennerkes/Binz*, BB 1983, 713, 714; *MünchKomm-Ulmer*, § 709 Rn. 74.

¹³⁵ *Hadding*, ZGR 1979, 636, 643; *Hennerkes/Binz*, BB 1983, 713, 715.

¹³⁶ *MünchKomm-Ulmer*, § 709 Rn. 74, 75, 76; *Ulmer*, ZHR 161 (1997), 102, 122; *Mecke*, BB 1988, 2258, 2262; *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 406 f.

¹³⁷ *Hadding*, ZGR 1979, 636, 647.

¹³⁸ *Fischer*, in FS Barz, 1974, S. 33, 45; *Hennerkes/Binz*, BB 1983, 713, 715.

(b) Beschränkung des Bestimmtheitsgrundsatzes auf das Gebot einer hinreichenden Ermächtigung der Mehrheit

Dieser Kritik kann jedenfalls insoweit nicht zugestimmt werden, als der Bestimmtheitsgrundsatz auch für die personalistische GmbH & Co. KG¹⁴⁰ nicht mehr gelten soll. Nur, wenn man dem Bestimmtheitsgrundsatz auch eine inhaltliche Komponente beimisst, ist die Kritik der Literatur gerechtfertigt. Denn Folge wäre, dass im Hinblick auf die vertragliche Eindeutigkeit ein Beschlusskatalog aufgenommen werden müsste, der alle Beschlussgegenstände erfasst. Dann kann aber dem Aspekt der Beschränkung der Mehrheitsherrschaft gerade nicht mehr Rechnung getragen werden, da der Bestimmtheitsgrundsatz ausgehöhlt wird und er somit im Hinblick auf den Minderheitenschutz „eine Last wäre, ohne doch wirklich zu schützen.“¹⁴¹

Die Erwartungen, die in diesen Grundsatz über das Erfordernis der bloßen Eindeutigkeit hinaus hin zu einer gleichzeitigen Beschränkung der Mehrheitsherrschaft gesteckt werden, sind nicht zuletzt gerade durch die Rechtsprechung erzeugt worden. So hat das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung und ihm folgend der Bundesgerichtshof immer auch ausgeführt, dass „...gewisse Grenzen gezogen sein [müssen]¹⁴², in denen sich der Mehrheitsbeschluss zu bewegen hätte, da eine schrankenlose Unterwerfung der Minderheit unter die Mehrheit gegen die guten Sitten verstoßen würde...“¹⁴³

Die entscheidende Frage stellt sich jedoch auch der Bundesgerichtshof¹⁴⁴ selbst, indem er zweifelt, ob der Bestimmtheitsgrundsatz nun ein unverzichtbares Instrument des Minderheitenschutzes ist¹⁴⁵ oder nur eine Auslegungsregel.¹⁴⁶

Zwar wird nach wie vor von einem Teil der Literatur dem Bestimmtheitsgrundsatz auch die Funktion der Beschränkung der Mehrheitsherrschaft als wesentliches Element zugeschrieben.¹⁴⁷ Zweifelhaft ist jedoch, ob dies tatsächlich eine Ausprägung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist, zumal es kaum möglich ist, beide Prinzipien in einem Grundsatz zu vereinen, ohne ihn gleichzeitig zu einer inhaltsleeren Floskel zu degradieren. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, in welchen Verfahrensschritten die beiden Ausprägungen zum Tragen kommen. Dabei geht es um zwei grundlegend verschiedene Aspekte der Beschlussfassung. Es ist ein völlig anderer Ansatzpunkt, wenn es um die Frage geht, ob ein Beschluss tatsächlich der Mehrheitsentscheidung unterliegt, im Vergleich zu der Frage, ob eine Minderheit durch diesen Beschluss gegen ihren Willen verpflichtet werden kann.¹⁴⁸ Dieser Unterschied wird umso deutlicher, wenn man auch die Folgen von Verstößen betrachtet. Fehlt es an der gesellschaftsvertraglichen Ermächtigung, so ist der Beschluss insgesamt unzulässig, also auch für die zustimmenden Gesellschafter. Geht es dagegen um die Frage, ob der nach der Mehrheitsklausel zulässige Mehrheitsbeschluss Rechte der Minderheitsgesellschafter verletzt, so ist der Beschluss jedenfalls gegenüber den zustimmenden Gesellschaftern wirksam. Ob dessen Rechtsfolgen auch für den in seinen Rechten verletzten Gesellschafter greifen, hängt folglich davon ab, ob er diese hinzunehmen bereit ist oder nicht.¹⁴⁹ Es sollte aus diesem Grund zwischen den Schutzprinzipien der vertraglichen Eindeutigkeit und dem Minderheitenschutz differenziert werden und der Bestimmtheitsgrundsatz auf ersteren Aspekt beschränkt werden.¹⁵⁰ Zweifel an der Zulässigkeit einer derartigen Aufspaltung der Wirksamkeit des Beschlusses könnten zwar insoweit laut werden, als Mehrheitsbeschlüsse – je nach ihrem Inhalt – auch Drittwirkung entfalten können. Das Interesse der Drittbetroffenen an Rechtssicherheit wird durch eine Aufspaltung eventuell zu weitgehend beeinträchtigt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es in diesem Zusammenhang maßgeblich um einen Schutz des Minderheitsgesellschafters geht, der gerade durch eine Aufspaltung bestmöglich erreicht wird. Zum anderen werden Drittinteressen nicht mehr gefährdet als ohne Aufspaltung, denn selbst bei Aufnahme des Beschlussgegenstandes in den vertraglichen Katalog, hat dies nicht notwendig auch die Wirksamkeit des Beschlusses zur Folge.¹⁵¹ Eine Aufspaltung dient vielmehr der Rechtssicherheit.¹⁵²

¹³⁹ vgl. Hüffer, ZHR 151 (1987), 396, 406 ff.; MünchKomm-Ulmer, § 709 Rn. 77.

¹⁴⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(2), S. 11.

¹⁴¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 II.2.d).

¹⁴² Anmerkung des Verfassers, da eine Wortumstellung erforderlich war innerhalb des Zitats.

¹⁴³ RG, Urteil vom 15.5.1936, RGZ 151, 321, 327, anknüpfend an RG, Urteil vom 23.11.1917, RGZ 91, 166, 168 f., zuletzt in RG, Urteil vom 13.4.1940, RGZ 163, 385, 391; noch in der Rechtsprechung des BGH sind beide Aspekte angesprochen, BGH, Urteil vom 13.3.1978, BGHZ 71, 53, 57, wo es heißt: „Haben sich die Gesellschafter nicht schon bei der ursprünglichen Vertragsformulierung überlegt, welche Arten von Änderungen sie später auch gegen ihren Willen hinnehmen können, dann kann es immer noch besser sein, Mehrheitsentscheidungen durch Anwendung jenes Bestimmtheitsgrundsatzes überhaupt unmöglich zu machen, als sie unbegrenzt zuzulassen.“

¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 357.

¹⁴⁵ So Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 23; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 37, die von der grundsätzlichen Unverzichtbarkeit ausgehen. Ein Verzicht soll nur bezüglich einzelner Beschlussgegenstände ungewöhnlichen Inhalts möglich sein, dagegen nicht pauschal, Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 23.

¹⁴⁶ Coing, ZGR 1978, 659, 673; Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 218.

¹⁴⁷ Heymann-Emmerich, HGB, § 119 Rn. 36; Soergel-Hadding, § 709 Rn. 40.

¹⁴⁸ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 217; ders., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, JZ 1995, 313, 314; ders., Gesellschaftsrecht, § 16 II.2.d); Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 24.

¹⁴⁹ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 217.

¹⁵⁰ Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 53 ff.

¹⁵¹ Vgl. hierzu sogleich unter 2. Kapitel: I.3.a)aa)(4), S. 14.

¹⁵² Vgl. Marburger, NJW 1984, 2252, 2257.

(4) Bestimmtheitsgrundsatz als Auslegungsregel

Folge der bisherigen Überlegungen ist, dass sich die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes in dem Erfordernis der Deckung des Beschlussgegenstandes durch die gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklausel erschöpfen. Der inhaltliche Schutz der Minderheitsgesellschafter gegen Eingriffe in ihre Rechte ist davon nicht erfasst. Dann ist aber auch die Annahme einer bloßen Auslegungsregel angebracht. Denn der Bestimmtheitsgrundsatz erschöpft sich dann in der Forderung, dass der Beschlussgegenstand von der Ermächtigung erfasst ist.¹⁵³

Es ist auch durchaus möglich, dass beide Prüfungsansätze zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, wenn etwa die Vertragsauslegung die Zulässigkeit der Mehrheitsentscheidung für einen Beschlussgegenstand ergibt, der nach materiellen Gesichtspunkten die Zustimmung aller Gesellschafter voraussetzt und umgekehrt.¹⁵⁴ Genau dies kann wiederum als Argument für die Annahme einer bloßen Auslegungsregel angeführt werden. Denn bestimmte Vertragsänderungen sind aufgrund des Eingriffs in Gesellschafterrechte trotz Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses in diesem Punkt dennoch wegen des Eingriffscharakters einer Mehrheitsentscheidung nicht zugänglich. Dies folgt aus der so genannten Kernbereichslehre: Danach sind Gesellschafterbeschlüsse zustimmungsbedürftig, die in unentziehbare Rechte (in den Kernbereich der gesellschaftsrechtlichen Position) eines Gesellschafters eingreifen.¹⁵⁵ Andererseits aber kann die gesellschaftsvertragliche Treuepflicht¹⁵⁶ eine Unterwerfung der Minderheit unter den Mehrheitswillen im Interesse der Gesellschaft verlangen, auch, wenn dieser Beschlussgegenstand nicht von der Mehrheitsklausel erfasst ist.¹⁵⁷ Damit ist der Bestimmtheitsgrundsatz auf der einen Seite zu schwach, um einen hinreichenden Schutz der Minderheit zu garantieren (auch im Hinblick auf die Möglichkeit, ihn durch umfassende Beschlusskataloge zu unterwandern), auf der anderen Seite aber kann er zu weit gehen im Hinblick auf die Treuepflicht. Wenn nun aber der Bestimmtheitsgrundsatz als Mittel des Minderheitenschutzes unzureichend ist, so ist er auf eine bloße Auslegungsregel zu reduzieren.¹⁵⁸ Folge ist, dass sich dieser Grundsatz darauf beschränkt, mit Hilfe der in ihm enthaltenen Auslegungsleitlinien die Reichweite der jeweiligen Mehrheitsklausel zu ermitteln.¹⁵⁹

Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 15.11.1982 die Frage aufgeworfen hat, ob der Bestimmtheitsgrundsatz nur eine Auslegungsregel ist, oder dem Minderheitenschutz dient und daher grundsätzlich unverzichtbar ist.¹⁶⁰

In einem späteren Urteil beschäftigte sich der Bundesgerichtshof nicht mehr explizit mit der Einordnung des Bestimmtheitsgrundsatzes als Auslegungsregel, sondern mit der Frage, inwieweit der Bestimmtheitsgrundsatz wirksam abbedungen werden kann.¹⁶¹ Der Gesellschaftsvertrag der B-GmbH & Co. KG enthielt in § 14 II folgende Regelung: „Über eine Änderung des Gesellschaftsvertrags ... kann nur eine Gesellschafterversammlung beschließen, in der mindestens $\frac{2}{3}$ der vorhandenen Stimmen vertreten sind, und zwar mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen.“ Die Gesellschafter beschlossen später mit dieser Mehrheit, es solle künftig eine Mehrheit von $\frac{2}{3}$ aller vorhandenen Stimmen für die Vertragsänderung erforderlich sein und ausreichen. Die B-KG war 1936 durch Umwandlung aus einer AG entstanden. In dem damaligen Gesellschaftsvertrag war vereinbart, dass der Beschlussfassung der Kommanditisten alle Gegenstände unterlägen, über welche in entsprechenden Fällen bei einer KGaA aufgrund der jeweils dafür geltenden gesetzlichen Bestimmungen die Generalversammlung der Kommanditisten wirksam beschließen konnte.

Das Oberlandesgericht war noch zu dem Ergebnis gekommen, dass aufgrund dieser Verweisung schon damals der Bestimmtheitsgrundsatz wirksam abbedungen sei. Der Bundesgerichtshof schließt sich diesem Ergebnis nicht an, sondern folgert aus dieser Regelung gerade die Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes und verneint einen Verzicht.¹⁶²

Zwar ist aus dieser Feststellung des Bundesgerichtshofs zunächst nicht die Tendenz hin zu einer Reduzierung des Bestimmtheitsgrundsatzes auf eine Auslegungsregel zu schließen. Doch ist dies das Ergebnis bei genauerer Betrachtung. Das Urteil geht letztlich von einer Regelung aus, die es nicht geben kann: Würde der Bestimm-

¹⁵³ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 217 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 16 II.2.d); Marburger, NJW 1984, 2252, 2257; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 119 Rn. 19.

¹⁵⁴ Marburger, NJW 1984, 2252, 2257.

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 36; näher dazu unten 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15.

¹⁵⁶ Vgl. zur Treuepflicht oben Fn. 108.

¹⁵⁷ Vgl. diesbezüglich auch oben Fn. 108.

¹⁵⁸ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 218. Brändel, in FS Stimpel, S. 95, 103 f., der allerdings darüber hinaus für den Bestimmtheitsgrundsatz nur Raum sieht, wenn der Gesellschaftsvertrag konkrete Anhaltspunkte enthält, die darauf schließen lassen, dass nur bestimmte Arten von Vertragsänderungen einer Mehrheitsentscheidung zugänglich sein sollen, andere nicht. Wollen dagegen die Gesellschafter vorbehalts- und einschränkungslos für Vertragsänderungen eine Mehrheitsentscheidung ausreichen lassen, so sei damit ein Verzicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz einhergehend. Gegen die Annahme einer Auslegungsregel: Hadding, ZGR 1979, 636, 642: Der Bestimmtheitsgrundsatz stelle erst im Anschluss an die Auslegung als zweiter Schritt weitere Anforderungen. Die Auslegung sei auf die Ermittlung des wirklichen Willens (§ 133 BGB) gerichtet bei nicht eindeutigen Äußerungen. Wenn die Auslegung aber gerade ergibt, dass sämtliche Beschlüsse dem Mehrheitsprinzip unterfallen sollen, ist die Auslegung beendet und kein Raum mehr für Auslegungsregeln. Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass aufgrund der gesetzgeberischen Wertung des Einstimmigkeitsprinzips gerade fraglich ist, ob wirklich sämtliche Beschlüsse unter die Regelung subsumiert werden können. Dann bestehen doch gerade wieder die für das Eingreifen einer Auslegungsregel erforderlichen Zweifel.

¹⁵⁹ Hermanns, ZGR 1996, 103, 106.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 15.11.1982, BGHZ 85, 350, 357.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 15.6.1987, GmbHR 1988, 20, 21.

¹⁶² BGH, Urteil vom 15.6.1987, GmbHR 1988, 20, 21 f.

heitsgrundsatz dem Minderheitenschutz dienen, so wäre eine Abbedingung unzulässig.¹⁶³ Eine Abdingbarkeit käme nur bezüglich einzelner Beschlussgegenstände ungewöhnlichen Inhalts in Betracht, nicht generell.¹⁶⁴ Erschöpft sich der Bestimmtheitsgrundsatz in einer Auslegungsregel, so kann es doch nur um das Auslegungsergebnis gehen, das je nach vertraglicher Gestaltung anders ausfällt, so dass eine Abdingbarkeit insoweit gegenstandslos wäre. Das jeweilige Ergebnis wäre gerade Resultat der Auslegung.¹⁶⁵ Eine Auslegungsregel ist nicht verzichtbar.¹⁶⁶ Einer Auslegungsregel ist gerade inhärent, dass sie eben nur im Zweifel greift. Dies hat aber nichts mit einem Verzicht zu tun. Bei expliziter Regelung liegt somit kein Verzicht vor, sondern es fehlt an Zweifeln als Voraussetzung für das Eingreifen von Auslegungsregeln.

Damit ging es in dem Urteil auch dem Bundesgerichtshof letztlich wohl nicht um die Frage der Verzichtbarkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes, sondern vielmehr um die Auslegung des Gesellschaftsvertrags anhand der Auslegungsregel Bestimmtheitsgrundsatz. Nur wenn die Herabsetzung der Mehrheitserfordernisse für Vertragsänderungen von der Verweisung auf das Recht der KGaA erfasst war, kam eine Mehrheitsentscheidung in Betracht. Dies war im Recht der KGaA in § 275 HGB (in der Fassung von 1936; jetzt geregelt in §§ 278 III, 179 II 1 AktG) vorgesehen. Durch Auslegung kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass der jetzige Gesellschaftsvertrag nicht auf das Mehrheitserfordernis für Satzungsänderungen innerhalb einer KGaA verweist. Erfasst sind von der generellen Mehrheitsklausel entsprechend dem Bestimmtheitsgrundsatz daher nur gewöhnliche Vertragsänderungen. Ungewöhnliche bedürfen gerade expliziter Regelung. Da aber die Mehrheitsklausel ihre eigene Änderung durch Mehrheitsbeschluss nicht deckt, war der Beschlussgegenstand auch nicht von ihr erfasst.¹⁶⁷ Der Bundesgerichtshof kam zu seinem Ergebnis daher gerade nicht über die Erwägung, dass der Bestimmtheitsgrundsatz nicht wirksam abbedungen war, sondern vielmehr über seine konsequente Anwendung im Rahmen der Auslegung.¹⁶⁸

Damit ist der Kritik der Literatur die Grundlage entzogen, die daran ansetzt, dass der Bestimmtheitsgrundsatz zu formalistisch und aufgrund seiner leichten kautelarjuristischen Überwindbarkeit nicht mehr als eine funktionslose Hülse sei und daher seiner eigentlichen Aufgabe des Minderheitenschutzes nicht gerecht werden könne.¹⁶⁹ Die inhaltliche Kontrolle ist gerade nicht seine Aufgabe.¹⁷⁰

Auch stellt der Bestimmtheitsgrundsatz keine Regelung dar, die dazu führt, dass notwendige Anpassungen des Gesellschaftsvertrags unterbleiben müssen, wenn der Beschlussgegenstand in der Mehrheitsklausel nicht hinreichend vorgeprägt ist.¹⁷¹ Denn auch, wenn einzelne Gesellschafter das dann geltende Einstimmigkeitsprinzip für eine Blockade notwendiger Beschlüssen missbrauchen sollten, so sind sie doch durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verpflichtet, entsprechend dem Wohl der Gesellschaft abzustimmen.¹⁷²

Wenn der Einschränkung von Mehrheitsbeschlüssen entgegengehalten wird, sie diene der Rechtsprechung in Wirklichkeit als Inhaltskontrolle¹⁷³, so ist dem zwar insoweit beizupflichten, als in der Tat die Rechtsprechung aufgrund teils weiter Auslegung Gefahr läuft, die Grenze von der formalen zur materiellen Kontrolle zu überschreiten.¹⁷⁴ Doch kann aus einer zu weiten Auslegung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht dieser selbst in Frage gestellt werden. Dies ändert nichts an seinem formellen Charakter. Bei ordnungsgemäßer Auslegung lässt sich diese Kritik somit nicht halten.¹⁷⁵

(5) Gewährleistung der Inhaltskontrolle durch die Kernbereichslehre¹⁷⁶

Der inhaltliche Kontrolle von Mehrheitsbeschlüssen kann besser durch eine konsequente Anwendung vor allem der so genannten Kernbereichslehre Rechnung getragen werden, als durch eine Überinterpretation des Bestimmtheitsgrundsatzes. Die Kernbereichslehre ist zunächst im Hinblick auf eine Einschränkung des Stimmrechtsausschlusses von der Rechtsprechung für Beschlüsse entwickelt worden, die in die Rechtsstellung von Gesellschaftern eingreifen.¹⁷⁷

Die Literatur ist bald zu der Erkenntnis gelangt, dass auch ohne Stimmrechtsausschluss die bloße Möglichkeit der Stimmabgabe in diesen die Rechtsstellung potentiell gefährdenden Regelungsbereichen eine Einschränkung der

¹⁶³ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 219 f.

¹⁶⁴ Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 23; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 37.

¹⁶⁵ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 219 f.; im Ergebnis für eine Abdingbarkeit auch bei Annahme einer Auslegungsregel: Brändel, in FS Sempel, S. 95 (104).

¹⁶⁶ Marburger, ZGR 1989, 146, 153 f.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 15.6.1987, GmbHR 1988, 20, 21 f.

¹⁶⁸ Karsten Schmidt, ZHR 158 (1994), 205, 220.

¹⁶⁹ Vgl. Hennerkes/Binz, BB 1983, 713, 714; Schiessl, DB 1986, 735, 736.

¹⁷⁰ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 II.2.d).

¹⁷¹ Hennerkes/Binz, BB 1983, 713, 715.

¹⁷² Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 20.

¹⁷³ Hadding, ZGR 1979, 636, 642 f.; Hennerkes/Binz, BB 1983, 713, 715, Fn. 34; Ulmer, BB 1976, 950.

¹⁷⁴ Ein Beispiel hierfür bietet BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 948, wo die mehrheitliche Änderung der Gewinnverwendungsbestimmungen als von der Mehrheitsklausel gedeckt, eine mehrheitliche Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels dagegen als unzulässig angesehen wurde, ohne dass sich aus der Mehrheitsklausel Anhaltspunkte für diese Differenzierung ergaben.

¹⁷⁵ Hermanns, ZGR 1996, 103, 106.

¹⁷⁶ Vgl. zur Entwicklung und Bedeutung BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 369 f. zur KG; BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408 zur Publikums-GmbH & Co. KG; Hermanns, ZGR 1996, 103, 108 ff.

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 369 f. zur KG: Ein Schutz vor der Erhöhung der Pflichten – in der GmbH über § 53 III GmbHG gewährleistet – kann in der Personengesellschaft nur dadurch erreicht werden, dass das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung erhalten bleibt.

Rechtsstellung nicht ausreichend verhindern kann, wenn der in seiner Rechtsstellung tangierte Gesellschafter sich einer Mehrheit gegenüber sieht. Daher bedürfen kernbereichsrelevante Rechte eines weitergehenden Schutzes. Die Kernbereichslehre hat daher einen Wandel erfahren. Ausgehend von §§ 35 BGB, 53 III GmbHG, die rechtsverkürzende und pflichterhöhende Gesellschafterbeschlüsse nur mit Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter für zulässig erklären, ist dieser Schutz nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur über das Stimmrecht hinaus mittels eines Zustimmungsrechts des in seinen Rechten betroffenen Gesellschafters zu gewährleisten.¹⁷⁸ So hat der Bundesgerichtshof entschieden: „...grundsätzlich zustimmungsbedürftig sind Gesellschafterbeschlüsse, die in unentziehbare Rechte (in den Kernbereich der gesellschaftsrechtlichen Position) eines Gesellschafters eingreifen.“¹⁷⁹ Die Rechte des Kernbereichs sind somit nicht nur stimmrechts- sondern auch mehrheitsfest.¹⁸⁰ Der Kernbereich steht zum Teil gar nicht, zum Teil nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters zur Disposition der Mehrheit.

Bevor ein Mehrheitsbeschluss inhaltlich auf etwaige Eingriffe in den Kernbereich von Gesellschafterrechten untersucht werden kann, muss zunächst die jeweilige Gesellschaftsstruktur und aus ihr die zum Kernbereich gehörenden Rechte ermittelt werden. Denn die Rechte, die als Kernbereich einem besonderen Schutz vor Mehrheitsbeschlüssen unterliegen, lassen sich nicht abstrakt, sondern nur anhand der Spezifika des Einzelfalls bestimmen.¹⁸¹ Ebenso kann auch der durch die Kernbereichslehre vermittelte Schutz nicht pauschal sein, sondern muss je nach betroffenem Recht, nach Intensitätsgraden differenzieren. Es ist zu unterscheiden zwischen unverzichtbaren (auch absolut unentziehbaren), unentziehbaren bzw. mehrheitsfesten (auch relativ unentziehbaren) und stimmrechtsfesten Gesellschafterrechten. Der dadurch vermittelte Schutz ist dabei keineswegs auf Personengesellschaften beschränkt. Er greift vielmehr, als Ausprägung des Minderheitenschutzes, für das Verbandsrecht insgesamt, mithin auch für die Komplementär-GmbH.¹⁸²

Mehrheitsfeste Rechte sind solche, die zwar durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag abdingbar sind, dem Gesellschafter aber nicht ohne oder gegen dessen Willen genommen werden können.¹⁸³ Unverzichtbar sind solche Rechte, die zwingend, also auch durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag nicht abdingbar sind.¹⁸⁴ Stimmrechtsfeste Beschlussgegenstände sind schließlich solche, die weder unverzichtbar noch unentziehbar sind, die aber dennoch für die Rechtsstellung des Gesellschafters so bedeutend sind, dass jeder ein zwingendes Recht auf Mitwirkung bei der Willensbildung haben muss. Zwar ist der Kernbereich grundsätzlich nicht nur stimmrechtsfest, sondern auch mehrheitsfest. Dies gilt aber nur, wenn sich der Gesellschafter dem Eingriff nicht schon im Gesell-

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 19.11.1984, NJW 1985, 972, 973 für Publikums-KG; und vor allem BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408 für Publikums-GmbH & Co. KG; BGH, Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942, 1943; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 36; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 24; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408.

¹⁸⁰ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 170.

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942, 1943 für GmbH & Co. KG.

¹⁸² *Michalski-Hoffmann*, § 53 Rn. 87 ff.; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 24; *Scholz-Priester*, § 53 Rn. 43 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.; *Hachenburg-Ulmer*, § 53 Rn. 56 ff.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann*, § 53 Rn. 50 f.

¹⁸³ Für die Komplementär-GmbH kann dabei bezüglich Eingriffen nicht auf § 53 III GmbHG abgestellt werden, da dieser nur die Pflichtenerhöhung betrifft, vgl. Wortlaut, *Michalski-Hoffmann*, § 53 Rn. 87; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann*, § 53 Rn. 50. Zum mehrheitsfesten Kernbereich gehören die wesentlichen Mitverwaltungsrechte, die dem Gesellschafter eine Mitwirkung an den innergesellschaftlichen Vorgängen ermöglichen und die den Vermögenswert seiner Beteiligung prägen: in Anlehnung an § 35 BGB fallen darunter alle Sonderrechte, also Rechte, die einzelnen Gesellschaftern individuelle Vorrechte im Gesellschaftsvertrag einräumen [Mehrstimmrechte, Veto-rechte, Leitungsrechte, Rechte auf Bestellung zum Prokuristen, vgl. BGH, Urteil vom 27.6.1955, BGHZ 17, 392, 394 f. zur KG; Urteil vom 10.10.1988 – II ZR 3/88, NJW-RR 1989, 542, 543 zur GmbH; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 119 Rn. 40; *Michalski-Hoffmann*, § 53 Rn. 88; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 109 Rn. 5; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 27; *MünchKomm-Reuter*, § 35 Rn. 5; *Roth/Altmeppen-Roth*, § 53 Rn. 23; *MünchHandbuchGmbH-Schiessl*, § 31 Rn. 32; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.b)aa) i.V.m. § 19 III.3.c)bb); *Scholz-Karsten Schmidt*, § 53 Rn. 48; *Hachenburg-Ulmer*, § 53 Rn. 60; *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 10 Rn. 63 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann*, § 53 Rn. 51]; daneben auch das Stimm-, Gewinn-, Geschäftsführungsrecht sowie das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös bzw. am Abfindungsguthaben bei Ausscheiden, BGH, Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942, 1943 zur GmbH & Co. KG; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 36; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 119 Rn. 40; *Michalski-Hoffmann*, § 53 Rn. 89; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 109 Rn. 5; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 27; *Röttger*, S. 172 f.; *MünchHandbuchGmbH-Schiessl*, § 31 Rn. 33; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 53 Rn. 47; *Hachenburg-Ulmer*, § 53 Rn. 59; *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 10 Rn. 65; *Scholz-Winter*, § 14 Rn. 32; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann*, § 53 Rn. 51; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 53 Rn. 19. In diesen Zusammenhang fällt auch das Belastungsverbot, vgl. unten **2. Kapitel: II.2.d)bb)(1), S. 44**. Danach können vermehrte Beitragspflichten nur mit Zustimmung aller Gesellschafter beschlossen werden, §§ 707 BGB, 53 III GmbHG. Zwar gilt dieses nach BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 369 (KG) nicht für Personengesellschaften. Daraus folgt jedoch nichts anderes. Denn der BGH knüpft an seine Rechtsprechung an, nach der eine Erhöhung der Beiträge durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden kann. Der BGH argumentiert also nur, dass der Gesellschaftsvertrag eine Beitragserhöhung mit qualifizierter Mehrheit vorsehen kann. Daraus folgt allein, dass kein unverzichtbares Recht betroffen ist, sondern eine Abbedingung möglich ist bei Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes, *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 27; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.b)cc).

¹⁸⁴ Der Kreis der unverzichtbaren Schutzrechte ist enger. Er umfasst insbesondere Rechte, die eine Kontrolle der Mehrheit ermöglichen: Informationsrechte der Gesellschafter in bestimmten Grenzen, §§ 716 II BGB; 118 II HGB; 131 AktG; 51 a III AktG, vgl. zu seiner Bedeutung insbesondere BGH, Urteil vom 11.7.1988, WM 1988, 1447, 1448 zu § 51 a GmbHG. Recht der Minderheit auf Einberufung der Gesellschafterversammlung, § 50 GmbHG; das Recht auf Preisgabe bei unbeschränkter Nachschusspflicht, § 27 IV GmbHG; Recht auf Erhebung der Auflösungsklage, § 61 GmbHG; Recht auf Bestellung von Liquidatoren durch das Gericht, § 66 GmbHG sowie das Antragsrecht nach §§ 66 II, III GmbHG; Recht auf Teilnahme an Versammlungen (BGH, Urteil vom 12.7.1971, GmbHR 1971, 207; Urteil vom 28.1.1985, GmbHR 1985, 256, 257; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.8.1983, GmbHR 1984, 99, 100, jeweils zur GmbH), Recht zur Anfechtung rechtswidriger Beschlüsse (BGH, Urteil vom 14.7.1954, BGHZ 14, 264, 271 zur GmbH), Recht zur Lösung vom Verband, §§ 39, 723 I, III BGB, insb. auch Recht auf Ausscheiden aus wichtigem Grund (hierzu ausführlich unten **2. Kapitel: IV.1, S. 46**); vgl. zu den unverzichtbaren Rechten ausführlich *Heymann-Emmerich*, HGB, § 119 Rn. 39; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 119 Rn. 23; *Ebenroth/Boujong/Joost-Goette*, HGB, § 119 Rn. 53; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 109 Rn. 5; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 25; *MünchHandbuchGmbH-Schiessl*, § 31 Rn. 33; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.a); *Scholz-Karsten Schmidt*, § 53 Rn. 44; *Hachenburg-Ulmer*, § 53 Rn. 58; *Scholz-Winter*, § 14 Rn. 32.

schaftsvertrag unterworfen hat. In diesen Fällen soll den Gesellschaftern aber jedenfalls das Stimmrecht garantiert sein, was schließlich überhaupt die Kernbereichslehre des BGH auslöste.¹⁸⁵

(a) Rechtfertigung eines Kernbereichseingriffs

Entsprechend der Intensität divergieren auch die Anforderungen an Eingriffe in den Kernbereich. Eine Rechtfertigung im mehrheitsfesten Bereich setzt eine Zustimmung des betroffenen Gesellschafters voraus. Dieses Erfordernis besteht grundsätzlich im Zeitpunkt der Beschlussfassung. Da hier jedoch gerade nicht der unverzichtbare Bereich betroffen ist, besteht auch die Möglichkeit einer antizipierten Zustimmung bereits im Gesellschaftsvertrag.¹⁸⁶ Auch ohne ausdrückliche Zustimmung ist ein Eingriff möglich, wenn der Gesellschafter ihn aufgrund seiner Treuepflicht im Gesellschaftsinteresse hinzunehmen hat. Eine Zustimmung wird dann für entbehrlich gehalten, wenn ein in der Person des Gesellschafters begründeter wichtiger Grund zu bejahen ist und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist, also vor allem die Zumutbarkeitsgrenze nicht überschritten ist.¹⁸⁷

Im verzichtsfesten Bereich scheidet dagegen eine Rechtfertigung allein durch Zustimmung der betroffenen Gesellschafter aus. Ein Eingriff kommt nur unter ganz engen Voraussetzungen in Betracht. So soll eine Beschränkung des Teilnahmerechts ausnahmsweise dann möglich sein, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist.¹⁸⁸ Ein Eingriff kann jedoch aufgrund der Bedeutung für den Gesellschafter nur unter besonderer Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich sein, wenn nicht die grundsätzliche Unverzichtbarkeit aus den Angeln gehoben werden soll. Eine Rechtfertigung steht daher unter dem Vorbehalt, dass die Verkürzung der Rechte im Gesellschaftsinteresse liegt, also einem legitimen Zweck dient, kein milderes Mittel zur Verfügung steht, mithin die Erforderlichkeit gegeben ist und schließlich eine Abwägung zwischen Gesellschaftsinteresse und den schutzwürdigen Belangen des Gesellschafters für den Eingriff spricht, er also zumutbar ist. Zudem ist bei Eingriffen in den Kernbereich neben einer Ungleichbehandlung einzelner Gesellschafter und damit einem möglichen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz besonders zu berücksichtigen, dass in ein elementares Gesellschafterinteresse eingegriffen wird. Erforderlich soll daher für einen Eingriff über den die Ungleichbehandlung rechtfertigenden wichtigen Grund hinaus ein solcher in der Person des betroffenen Gesellschafters sein, da das bloße Vorliegen eines sachlichen Grundes eben nur die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann.¹⁸⁹

(b) Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre

Die Bestimmung des Verhältnisses von Kernbereichslehre und Bestimmtheitsgrundsatz fällt nicht schwer, wenn man die genaue Funktion des jeweiligen Rechtsinstituts als Abgrenzungskriterium heranzieht. Letztendlich findet eine zweistufige Prüfung statt. Auf der ersten Stufe ist zu klären, ob der Gesellschafter auf die Beachtung des ihn schützenden Einstimmigkeitsprinzips verzichtet hat, sprich, ob der jeweilige Beschlussgegenstand unter die gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Fassung von Mehrheitsbeschlüssen fällt. Ist dies der Fall, so besteht die grundsätzliche Ermächtigung, auch ohne seine Zustimmung verbindliche Entscheidungen zu treffen. An erster Stelle steht somit die Prüfung anhand des Bestimmtheitsgrundsatzes.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 368 f. (KG) zum Belastungsverbot; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 29; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.c).

¹⁸⁶ Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 36; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 28; nach anderer Auffassung ist eine Rechtfertigung mittels antizipierter Zustimmung ausgeschlossen, da aufgrund der Zeitspanne zwischen dem Einverständnis im Gesellschaftsvertrag und der Beschlussfassung und damit einhergehender Veränderungen der gesellschaftlichen Situation ein antizipierter Verzicht unzumutbar sei, Immenga, ZGR 1974, 385, 425. Vgl. zu den inhaltlichen Anforderungen an die antizipierte Zustimmung Löffler, NJW 1989, 2656, 2661.

¹⁸⁷ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.b)bb); BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408; Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942, 1943: auf den ersten Blick merkwürdig erscheint, warum der BGH diese Grundsätze auch auf das in der Entscheidung zur Frage stehende Informationsrecht anwendet, da dieses doch grundsätzlich zum unverzichtbaren Kernbereich zählt. Doch ging es in der Entscheidung nicht um das gesetzliche, dem verzichtsfesten Bereich angehörende Informationsrecht, das sozusagen zustimmungsresistent ist, sondern um ein darüber hinausgehendes vertragliches Informationsrecht. Dieses unterliegt bezüglich seines über das gesetzlich Informationsrecht hinausgehenden Umfangs der Disposition des Gesellschafters, Hermanns, ZGR 1996, 103, 113; auch Karsten Schmidt, JZ 1995, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, 313, 314.

Der pauschale Hinweis auf die Treuepflicht, die trotz fehlender Zustimmung einen Eingriff rechtfertigen können soll, ist meines Erachtens allerdings zu unreflektiert. Es darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, dass das bloße Bestehen einer Zustimmungspflicht diese grundsätzlich nicht ersetzt, sondern vielmehr eine Klage auf Zustimmung mit der Folge des § 894 ZPO erfordert. Nur in Ausnahmefällen, hat sich der Gesellschafter dem Mehrheitswillen zu beugen, vgl. ausführlich bereits oben Fn. 108.

¹⁸⁸ Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 25; auch das Klagerecht ist gesellschaftsvertraglich nur im Hinblick auf die Modalitäten, wie Vorverfahren und Befristung, regelbar, BGH, Urteil vom 21.3.1988, BGHZ 104, 66, 71 ff.; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 25; Röttger, S. 205; ders. umfassend zu Kernbereichseingriffen, S. 161 ff.

¹⁸⁹ Ein Eingriff kann daher nur in äußersten Extremfällen angenommen werden, Hermanns, ZGR 1996, 103, 113; ähnlich Kraffel/König, DStR 1996, 1130, 1132: Dies kann allerdings der in Kraffel/König, DStR 1996, 1130, 1132 Fn. 26 zitierten Entscheidung BGH, Urteil vom 10.10.1994 nicht entnommen werden. Zwar finden sich in der Entscheidung diese Voraussetzungen (BGH, Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942, 1944), doch geht es hier erstens nicht um das unverzichtbare Informationsrecht, sondern gerade um das vertragliche, das – soweit es über das gesetzliche hinausgeht – nicht dem unverzichtbaren Bereich angehört, wie Hermanns in seiner Urteilsbesprechung feststellt, ZGR 1996, 103, 113, auch Karsten Schmidt, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, JZ 1995, 313, 314; vgl. schon oben Fn. 187. Zudem stellt die von Hermanns aufgegriffene Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Voraussetzung dar, unter der auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Gesellschafters aufgrund einer Verpflichtung, die in Frage stehenden Maßnahmen aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht im Gesellschaftsinteresse hinzunehmen, ein Eingriff in den verzichtbaren Bereich in Betracht kommen kann, vgl. gerade BGH, Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942, 1943 f. i.V.m. BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 111/84, ZIP 1985, 407, 408 und Urteil vom 19.11.1984, NJW 1985, 972, 973.

¹⁹⁰ Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 59.

Es schließt sich die inhaltliche Prüfung anhand der Kernbereichslehre an, die gerade voraussetzt, dass die formelle Schwelle des Bestimmtheitsgrundsatzes überschritten ist und überhaupt eine Mehrheitskompetenz gegeben ist.¹⁹¹ Die beiden Institute stehen somit in einem ergänzenden Verhältnis. Einmal der Bestimmtheitsgrundsatz als formelle Schranke, der insoweit wertneutral ist, zum anderen die inhaltliche Komponente der Kernbereichslehre, zusammen mit gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz. Sie dienen somit der Einzelfallkontrolle der ermächtigten Mehrheit.¹⁹²

Damit ist auch die Kritik der Literatur nicht mehr haltbar, die zum einen durch den Bestimmtheitsgrundsatz die Gefahr einer verdeckten Inhaltskontrolle befürchtet, zum anderen aber eine sachgerechte inhaltliche Beschlusskontrolle gerade verhindert sieht.¹⁹³

(6) Jüngste Entwicklung der Rechtsprechung

Die Heranziehung des Bestimmtheitsgrundsatzes auch für eine inhaltliche Kontrolle beruht letztendlich auf einer Verkenning der hierfür vorgesehenen gesellschaftsrechtlichen Instrumente.¹⁹⁴ In letzter Zeit hat sich die Rechtsprechung jedoch auf diese Instrumente rückbesonnen und damit dem formalen Charakter des Bestimmtheitsgrundsatzes Rechnung getragen.

(a) Keine Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes

Der Bundesgerichtshof hat zwar in seinem Urteil vom 10.10.1994 eine Auseinandersetzung mit der Kritik am Bestimmtheitsgrundsatz dahingehend, ob diese im Hinblick auf die „Beibehaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes in seiner bisherigen Form berechtigt ist und Veranlassung dazu geben könnte, diesen Grundsatz in Zukunft weiter einzuschränken oder sogar aufzugeben“, nicht für erforderlich gehalten. Es seien auch außerhalb des Bestimmtheitsgrundsatzes vertragsändernde Mehrheitsentscheidungen nicht unbegrenzt zulässig. Es müsse den Gesellschaftern ein Kernbereich an Rechten verbleiben.¹⁹⁵

Auch wenn dies Stimmen hervorgerufen hat, die davon ausgehen, dass die Rechtsprechung zukünftig von ihrem bisherigen Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes abrücken könnte,¹⁹⁶ hat dies der Bundesgerichtshof mit diesem Urteil gerade nicht getan, sondern seine Entscheidung auf andere Aspekte gestützt und nur für die Zukunft sozusagen ein Überdenken seiner ursprünglichen Rechtsposition angekündigt. Vielmehr begründet er seine Entscheidung doppelt. Zum einen nimmt er die vom Berufungsgericht auf den Bestimmtheitsgrundsatz gestützte Entscheidung als richtig hin, zum anderen stellt er die Begründung für den Fall, dass der Bestimmtheitsgrundsatz nicht mehr greift, mit Hilfe der Kernbereichslehre auf ein zweites Standbein.¹⁹⁷ Dafür spricht gerade auch, dass der Bundesgerichtshof in einer späteren Entscheidung bezüglich der Beurteilung einer Mehrheitsklausel feststellt, es sei gleichgültig, „ob man diese Regelung an dem so genannten Bestimmtheitsgrundsatz oder der Kernbereichslehre mißt.“¹⁹⁸ In der weiteren Urteilsbegründung geht er auch auf den Bestimmtheitsgrundsatz näher ein. Er hält also nach wie vor an ihm fest.¹⁹⁹

(b) Inhaltskontrolle

Der Bundesgerichtshof nimmt aber nunmehr eine andere Gewichtung vor. Es steht auch für ihn im Hinblick auf den Minderheitenschutz nicht mehr der Bestimmtheitsgrundsatz an vorderster Stelle. Vielmehr lässt sich eine Art Reduzierung auf seine eigentliche Bedeutung als formale Regelung erkennen, wie sie der hier vertretenen Auffassung zugrunde liegt.

Dadurch erfährt der Bestimmtheitsgrundsatz zwar eine gewisse Abwertung in Anbetracht der Tatsache, dass ihn die Rechtsprechung lange Zeit als wichtigen Bestandteil des Personengesellschaftsrechts bezeichnete und er zu einer seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsprechung zählt.²⁰⁰ Dennoch kann deshalb der Bestimmtheitsgrundsatz

¹⁹¹ Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 59; *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 114; *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 227; ders., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, JZ 1995, 313, 314; und nicht zuletzt BGH, Urteil vom 10.10.1994, ZIP 1994, 1942 sowie BGH, Urteil vom 29.3.1996, BGHZ 132, 263.

¹⁹² *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 114 f.; *Kraffel/König*, DStR 1996, 1130, 1132. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet eine willkürliche Ungleichbehandlung der Gesellschafterinteressen bei Gesellschafterbeschlüssen oder Maßnahmen der Geschäftsführung, mithin eine Ungleichbehandlung, die sachlich nicht zu rechtfertigen ist, Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 109 Rn. 10; Schlegelberger-Martens, HGB, § 109 Rn. 27 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II.4. Vgl. zur Treuepflicht oben Fn. 108.

¹⁹³ MünchKomm-Ulmer, § 709 Rn. 74 f.

¹⁹⁴ *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 106, dazu zählen die Kernbereichslehre sowie das Belastungsverbot, siehe dazu oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15 sowie unten 2. Kapitel: II.2.d)bb)(1), S. 44.

¹⁹⁵ BGH, ZIP 1994, 1942, 1943.

¹⁹⁶ *Priester*, EWiR 1995, 73, 74; in diesem Sinne wohl auch MünchKomm-Ulmer, § 709 Rn. 76.

¹⁹⁷ *Goette*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, DStR 1995, S. 226; Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 54.

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 29.3.1996, BGHZ 132, 263, 268.

¹⁹⁹ BGH, Urteil vom 29.3.1996, BGHZ 132, 263, 268.

²⁰⁰ *Kellermann/Stodolkowitz*, S. 13; *Kraffel/König*, DStR 1996, 1130, 1132.

nicht aufgegeben werden, da er, auf seinen berechtigten Kern reduziert, gerade nicht der Inhaltskontrolle dient und somit neben ihr bestehen kann.²⁰¹

Der Bundesgerichtshof schränkt somit den Bestimmtheitsgrundsatz – wie schon im Hinblick auf die kapitalgesellschaftsähnlichen GmbH & Co. KG²⁰² – weiter ein und nähert sich seiner Rechtsprechung bezüglich der Inhaltskontrolle von Mehrheitsbeschlüssen im Recht der Kapitalgesellschaften an.²⁰³

bb) Konsequenzen für die kautelarjuristische Praxis

Die entscheidende Frage ist somit, wie sich die oben skizzierten Grundsätze auf die Vertragsgestaltung in der Praxis auswirken. Problematisch ist insbesondere, inwieweit ein umfassender Beschlusskatalog anzulegen ist,²⁰⁴ der sämtliche, einer Mehrheitsentscheidung zugängliche, Beschlussgegenstände beinhaltet. Soweit die laufende Geschäftsführung betroffen ist, stellt sich ohnehin kein Problem, da diese bereits durch eine bloße Mehrheitsklausel gedeckt sind. Erst im Bereich der Vertragsänderungen wird die kautelarjuristische Tätigkeit schwierig, vor allem, soweit ungewöhnliche Fälle betroffen sind.²⁰⁵

Nach dem hier vertretenen Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes besteht jedenfalls kein zwingendes Erfordernis, die Beschlussgegenstände zu katalogisieren. Dies folgt zum einen daraus, dass gerade nicht der so genannten Einstimmigkeitstheorie zu folgen ist. Diese folgert aus dem Konsensprinzip, das dem Bestimmtheitsgrundsatz zugrunde liegt,²⁰⁶ Mehrheitsbeschlüsse seien nur dann legitimiert, wenn sie durch das antizipierte Einverständnis der Vertragspartner gedeckt sind, mithin der Gegenstand künftiger Beschlüsse bereits selbst Gegenstand der gesellschaftsvertraglichen Regelung sei.²⁰⁷ Dies hätte in der Tat die Konsequenz, dass der Mehrheitsbeschluss sozusagen nur die Aktivierung des bereits antizipiert gefassten Beschlusses darstellen würde und somit eine Katalogisierung der Beschlussgegenstände unumgänglich wäre. Doch ist es abzulehnen, diese Theorie der antizipierten Zustimmung als theoretische Grundlage des Bestimmtheitsgrundsatzes zu sehen. Die Frage der antizipierten Zustimmung stellt sich vielmehr im Zusammenhang des Belastungsverbots im Rahmen der Erhöhung individueller Beitragspflichten²⁰⁸ sowie generell im Rahmen der Rechtfertigung von Kernbereichseingriffen.²⁰⁹ Richtigerweise muss man die Mehrheitsklausel nicht als antizipierte Zustimmung sehen, sondern vielmehr als abstrakte und formelle Ermächtigung, die an ein in seiner Zusammensetzung noch unbestimmtes Gremium gerichtet ist. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist daher vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Mehrheitskompetenz nicht weiterreichen kann als die ihr zugrunde liegende Ermächtigung.²¹⁰ Die Mehrheitsklausel stellt also nicht bereits den Beschluss selbst dar. Das Einverständnis mit der Abbedingung des Einstimmigkeitsprinzips ist somit nicht gleichzeitig als Einverständnis im Hinblick auf einen künftigen konkreten Beschlussgegenstand zu sehen.²¹¹ Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt einzig und allein, nicht mehr und nicht weniger, dass der Beschluss von der Ermächtigung gedeckt ist.

Zum anderen kann auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof kein Erfordernis nach Katalogisierung entnommen werden:

*Gesellschaftsvertragliche Bestimmungen, die für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages, insbesondere für Änderungen der Gesellschafterrechte und -pflichten entgegen § 119 Abs. 1 HGB einen Mehrheitsbeschluss ausreichen lassen, müssen insofern eindeutig sein, als eine nur globale Aufhebung des Einstimmigkeitsprinzips nicht genügt, sondern für jeden einzelnen Beschlussgegenstand, für den der Grundsatz der Einstimmigkeit nicht gelten soll, ein dahingehender Parteiwille zweifelsfrei feststellbar sein muß.*²¹²

Ausdrückliche Regelungen der Beschlussgegenstände werden nicht verlangt, ausreichend ist vielmehr die durch Auslegung erzielbare Eindeutigkeit.²¹³

Wenn nun der Bestimmtheitsgrundsatz keine zwingende Auflistung der Beschlussgegenstände verlangt, die einer Mehrheitsentscheidung unterliegen sollen, so ist dennoch fraglich, ob auf andere Weise überhaupt die erforderliche Eindeutigkeit erzielt werden kann, denn für den Kautelarjuristen steht das Gebot des sichersten Weges im Vordergrund. Er wäre schlecht bedient, wenn er sich auf die ex post- Betrachtung des Gerichts verlassen würde in dem Vertrauen, dieses werde über die gebotene Auslegung eine Subsumtion des jeweiligen Beschlussgegens-

²⁰¹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 36, 39; *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 227. Gerade aus diesem Grund ist auch *Weipert* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 163 Rn. 37 nicht zu folgen, der bei typisierender Beschreibung der mehrheitsfesten Beschlussgegenstände keine Bedeutung mehr für den Bestimmtheitsgrundsatz sieht.

²⁰² Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(2), S. 11. Vgl. zum Begriff *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 10.

²⁰³ *Kraffel/König*, DStR 1996, 1130, 1132; *Henze*, DStR 1993, 1823, 1825 ff.

²⁰⁴ So *Hennerkes/Binz*, BB 1983, 713, 714, der den Bestimmtheitsgrundsatz deshalb gerade ablehnt. *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 92 („Konkretisierung des Beschlussgegenstandes im Gesellschaftsvertrag“) und Rn. 98 („Grenzbetrag festlegen“).

²⁰⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(1), S. 11.

²⁰⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa), S. 10.

²⁰⁷ Vgl. *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 390 f.; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 419; am entschiedensten *Martens*, DB 1973, S. 413, 415 f., 417.

²⁰⁸ *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 213, 226; vgl. zum Belastungsverbot unten 2. Kapitel: II.2.d)bb)(1), S. 44.

²⁰⁹ Vgl. oben ausführlich 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5)(a), S. 17.

²¹⁰ *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 105; *Karsten Schmidt*, ZHR 158, 205, 211, 215; vgl. dazu ausführlich die Ausführungen oben 2. Kapitel: I.3.a)aa), S. 10.

²¹¹ *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 107.

²¹² Leitsatz BGH, Urteil vom 23.10.1972, WM 1973, 100; vgl. auch BGH, Urteil vom 12.11.1952, BGHZ 8, 35.

²¹³ *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 218.

tandes unter die Mehrheitsklausel erreichen. Er steht somit vor dem Problem, dass zwar einerseits eine Katalogisierung dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht inhärent ist, andererseits aber gerade erforderlich sein könnte, um größtmögliche Sicherheit zu erreichen. So ist es freilich verständlich, vom Standpunkt der vorsorgenden Vertragsgestaltung ex ante betrachtet, schon im Rahmen der Mehrheitsklausel eine möglichst präzise Formulierung zu wählen. Wenn die gesellschaftliche Tätigkeit Beschlüsse auch über ungewöhnliche Vertragsänderungen nicht ausschließt, so wäre unter diesem Aspekt eine Benennung der entsprechenden Beschlussgegenstände geboten.²¹⁴

Doch ist bei der hier behandelten echten GmbH & Co. KG eventuell eine Besonderheit zu beachten. Weil im Recht der GmbH gerade nicht das Prinzip der Einstimmigkeit der Beschlussfassung herrscht, sondern die auch für die KG gewünschte Mehrheitskompetenz, § 47 I GmbHG, kommt eine Angleichung an das Recht der GmbH durch Verweisung auf dieses bzw. auf den GmbH-Vertrag in Betracht.²¹⁵ Ziel ist es schließlich, durch Angleichung der Gesellschaftsverträge eine Einheitsversammlung zu schaffen.²¹⁶ Die Anpassung des KG-Vertrags an den der GmbH im Hinblick auf die Ermöglichung von Mehrheitsbeschlüssen könnte somit durch bloße Verweisung auf die GmbH-Regelung erfolgen, was eine ausführliche, den Gesellschaftsvertrag unnötig aufblähende, Mehrheitsklausel vermeiden könnte.²¹⁷

Von der Frage nach der Ermächtigung zu Mehrheitsbeschlüssen muss grundsätzlich die Frage getrennt werden, welche Mehrheit für die verschiedenen Beschlussgegenstände erforderlich ist. Der Gesetzgeber hat in den Fällen, in denen er Mehrheitsentscheidungen kodifiziert hat, eine Differenzierung in Beschlüsse vorgenommen, die mit einfacher Mehrheit gefasst werden können und solche, die aufgrund ihrer Bedeutung eine qualifizierte Mehrheit voraussetzen.²¹⁸ Einer expliziten Regelung bedarf es jedoch nicht, wenn die Bezugnahme auf das Recht der GmbH über eine Verweisung auf die Mehrheitsverhältnisse des GmbH-Rechts (47 I, 53 II GmbHG, Satzung) erreicht werden kann.²¹⁹

Voraussetzung hierfür ist freilich, dass dem nicht zwingende Grundsätze entgegenstehen.

(1) Transparenzgebot

Es stellt sich schon die Frage, ob auch bei Gesellschaftsverträgen das Gebot hinreichender Transparenz zu fordern ist, mit der Folge, dass die Gesellschafter vor Überraschungen zu bewahren sind.²²⁰ Für den vorliegenden Fall ist jedoch eine Einschränkung der Möglichkeit der Bezugnahme auf das Recht der Komplementär-GmbH nicht erforderlich. Zwar ist eine Gefährdung der Gesellschafter nicht von vornherein ausgeschlossen. Würden wesentliche Bestandteile des KG-Vertrages über eine Verweisung auf die GmbH gestaltet, so wäre diese, vom KG-Recht des HGB doch stark divergierende Rechtslage sicherlich auch überraschend, insbesondere für neu hinzutretende KG-Gesellschafter.²²¹

Doch können diese Überlegungen, wenn überhaupt, dann nur für eine der Kapitalgesellschaft angenäherte Personengesellschaft, wie etwa eine Publikums-Gesellschaft, greifen.²²² Charakteristisch ist hier insbesondere, dass eine Großzahl kapitalgebender Kommanditisten einer wesentlich kleineren Zahl „beherrschender“ GmbH-Gesellschafter gegenüber stehen. Aufgrund dieser Situation sind die Kommanditisten weit weniger in die Gesellschaft eingebunden. Deshalb ist auch die Gefahr der Überraschung wesentlich größer, zumal die Kommanditisten mit der Willensbildung in der GmbH nichts zu tun haben und daher mit den Vorschriften weniger vertraut sind. Eine Verweisung auf das GmbH-Recht kaschiert daher die Rechtslage und macht sie für die Kommanditisten

²¹⁴ *Kraffell/König*, DStR 1996, 1130, 133; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.3.1978, BGHZ 71, 53, 58: Dort geht der BGH im Rahmen der Diskussion um die Nichtanwendbarkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes bei Publikums-Gesellschaften davon aus, dass jedenfalls ein Beschlusskatalog bei der dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Gesellschaft dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht wird.

²¹⁵ Verweisungsklauseln sind nicht unproblematisch. Sie sind insbesondere in Arbeitsverträgen üblich, so insbesondere die Verweisung auf Tarifverträge. Es wird differenziert zwischen statischen (Bezugnahme auf bestehenden Tarifvertrag) und dynamischen Verweisungen (Einbeziehung eines bestimmten Tarifvertrages in der jeweiligen Fassung), vgl. *MüchHandbuchArbR-Richardi*, § 14 Rn. 78. Typisch ist auch der Hinweis auf die empfohlenen branchenüblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken oder die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B, vgl., *Oetker*, JZ 2002, 337: nunmehr ersetzt durch die Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Bekanntmachung vom 12.9.2002, BAAnz. Nr. 202 a vom 29.10.2002). Problematisch sind insbesondere dynamische Verweisungen, da sich das Einverständnis bei Vertragsschluss auch auf zukünftige Änderungen des Verweisungsobjekts bezieht. Bedenken bestehen im Hinblick auf § 305 II Nr. 2 BGB, mithin die Frage, ob die Verweisungsobjekte überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind und bezüglich § 307 I BGB [eine Privilegierung findet sich nur in §§ 308 Nr. 5 a. E. sowie § 309 Nr. 8 b) ff) a. E.], vgl. insbesondere aus der neueren Rechtsprechung des BGH zur Pflegeversicherung: BGH, Urteil vom 8.11.2001, JZ 2002, 354 sowie den daran anschließenden Aufsatz von *Oetker*, JZ 2002, 337.

²¹⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: I.2, S. 8.

²¹⁷ So *Eickhoff* Rn. 335; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II.2.b); ders. ZHR 158 (1994), 205, 223 f.; *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 45 Rn. 26.

²¹⁸ Vgl. §§ 32 I 3; 33 I BGB; 133 I; 179 II 1 AktG; 47 I; 53 II 2 GmbHG; 16 II GenG.

²¹⁹ Vgl. *Eickhoff* Rn. 335; *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 207. Vgl. zu einer entsprechenden Klausel *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 207.

²²⁰ Das Transparenzgebot ist eine Ausprägung der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es fordert, dass Vertragsklauseln für den Kunden verständlich sein müssen. Es ist verankert in § 2 I Nr. 2 AGBG bzw., nach der Schuldrechtsreform, § 305 II Nr. 2 BGB n. F. Zudem kann sich auch eine unangemessene Benachteiligung iSd. § 9 I AGBG bzw. § 307 I BGB n. F. aus der Unklarheit oder Undurchschaubarkeit der Regelung ergeben. Das Transparenzgebot ist somit ein tragendes Prinzip der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 2 AGBG Rn. 14, § 9 AGBG Rn. 15 bzw. § 305 Rn. 41, § 307 Rn. 16; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 9 Rn. 87.

²²¹ *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 224.

²²² Vgl. oben Fn. 79.

schwieriger, so dass durchaus eine vergleichbare Situation zu überraschenden AGB-Klauseln gesehen werden kann. Deren Verhinderung dient aber gerade das Transparenzgebot.

Zu untersuchen ist vorliegend jedoch nicht eine personenverschiedene GmbH & Co. KG, sondern die echte GmbH & Co. KG mit gleichen Personen und Beteiligungsverhältnissen in beiden Gesellschaften. Hier besteht die Besonderheit, dass es gerade das Anliegen der an beiden Gesellschaften beteiligten Gesellschafter ist, einen größtmöglichen Gleichlauf der Willensbildung in GmbH und KG zu erzielen. Wenn nun die Gesellschafter in der GmbH nach diesen Regeln abstimmen und diese vom Gesetzgeber als zumutbar angesehen werden, so muss doch die Möglichkeit bestehen, dass dieselben Gesellschafter auch in der KG nach denselben Regeln wie in der GmbH Beschluss fassen. Aufgrund der Identität der Gesellschafter besteht keine Gefahr von Überrumpelung. Bei Publikumsgesellschaften arbeiten die Gründungsgesellschafter den Vertrag aus und die hinzutretenden Kommanditisten haben keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung. Sie sind daher schutzwürdig im Sinne des Transparenzgebots. Bei der echten GmbH & Co. KG würde dieser Schutz demgegenüber überwiegend nur denjenigen zuteil, die den Vertrag selbst ausgearbeitet haben, so dass die dem Transparenzgebot innewohnende Gefahrenlage gerade nicht besteht. Der Gesellschafter muss sich aufgrund seiner Beteiligung an beiden Gesellschaften ohnehin auch und insbesondere mit dem Recht der GmbH befassen.

Man könnte weitergehend annehmen, dass selbst bei Geltung eines Transparenzgebots jedenfalls durch die konkrete Ausgestaltung als personen- und beteiligungsidentische GmbH & Co. KG ein Verzicht auf den durch dieses Prinzip den Gesellschaftern offerierten Schutz gegeben ist.²²³

(2) Bestimmtheitsgrundsatz

Fraglich ist jedoch wiederum, ob einem solchen Vorgehen ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz entgegengehalten werden kann. Teilweise wird argumentiert, die erforderliche Eindeutigkeit sei gegeben. Denn verlange der Bestimmtheitsgrundsatz lediglich durch Auslegung ermittelbare Eindeutigkeit, so könne diese zwar auch durch Kataloge erreicht werden, genauso gut aber durch abstrakte Regeln, wie das GmbH-Gesetz bzw. ihm folgend die GmbH-Satzung. Dem Gesellschaftsvertrag der KG könne doch nicht ein höheres Maß an Bestimmtheit abverlangt werden als der Gesetzgeber für das Recht der GmbH für ausreichend gehalten hat.²²⁴

Es stellt sich allerdings die Frage, ob dieser, auf den ersten Blick überzeugend wirkende, Ansatz einer genaueren rechtlichen Prüfung standhält. Dies muss zumindest angezweifelt, nach richtiger Ansicht abgelehnt werden. Zum einen hinkt der Vergleich schon deshalb, weil das GmbH-Recht vom Prinzip der mehrheitlichen Beschlussfassung geprägt ist (§ 47 I GmbHG), während das Recht der Personengesellschaften vom Einheitsprinzip ausgeht, vgl. § 119 I GmbHG.²²⁵ Dieser grundlegende Unterschied steht wohl einer Gleichstellung der Bestimmtheitsanforderungen schon entgegen.

Zum anderen ist der Streit um das Erfordernis einer Katalogisierung der Beschlusstatbestände letztlich ein solcher um des Kaisers Bart, kann doch der Verweis auf das GmbH-Recht nur dann die hinreichende Bestimmtheit gewähren, wenn die Satzung selbst hinreichend bestimmt ist. Gerade dies ist aber, jedenfalls nicht im erforderlichen Umfang, der Fall. So besteht zwar eine Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung kraft Gesetzes, soweit Grundlagenentscheidungen des Verbandslebens betroffen sind, §§ 53 ff, 60 I Nr. 2, 66 GmbHG.²²⁶ Die übrigen Angelegenheiten sind dagegen nicht abschließend und weitgehend dispositiv im Katalog des § 46 GmbHG geregelt, vgl. § 45 II GmbHG.²²⁷

Der Verweis auf das GmbH-Recht wird den Anforderungen an hinreichende Bestimmtheit daher nur dann gerecht, wenn die Zuständigkeiten der GmbH-Gesellschafterversammlung umfassend geregelt wären. Nun ist freilich in der GmbH die so genannte Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung anerkannt. Diese führt dazu, dass die Gesellschafterversammlung, falls die Satzung nichts anderes bestimmt, nahezu jede Angelegenheit an sich ziehen und für andere Organe im Innenverhältnis bindend entscheiden kann.²²⁸ Doch ist damit hinreichende Bestimmtheit auch für die KG gegeben? Zum einen besteht nur die Möglichkeit, eine Sache an sich zu ziehen und gerade keine „feste“ Zuständigkeit. Zum anderen bestehen trotz Allzuständigkeit Ausnahmen.²²⁹ Es könnte daher, jedenfalls solange die Problematik nicht höchstrichterlich geklärt ist, dem Bestimmtheitsgrundsatz durch einen Verweis auf das GmbH-Recht nur dann Rechnung getragen werden, wenn wenigstens die Zuständigkeiten der GmbH-Gesellschafterversammlung umfassend geregelt wären. Um einen Beschlusskatalog kommt man daher aus Gründen der Rechtssicherheit wohl nicht herum. Da die eigentliche Macht innerhalb der echten GmbH & Co. KG bei den Kommanditisten liegt, bietet sich die explizite Verankerung einer Allzuständigkeit unter Regelung

²²³ Vgl. hierzu auch *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 224.

²²⁴ *Eickhoff* Rn. 335; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II 2 b); ders. ZHR 158 (1994), 205, 224; *Scholz-Karsten Schmidt*, GmbHG, Anh. § 45 Rn. 26; ders., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, JZ 1995, 313, 314.

²²⁵ Vgl. oben **2. Kapitel: 1.1, S. 8.**

²²⁶ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 19.

²²⁷ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 22; *Michalski-Römermann*, § 46 Rn. 5 ff., 11; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 46 Rn. 1 f.; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 46 Rn. 2 f.

²²⁸ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 23; *Michalski-Römermann*, § 46 Rn. 3 f.; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 46 Rn. 1 *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 46 Rn. 60.

²²⁹ Vgl. hierzu *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 46 Rn. 60.

auch der Ausnahmen an. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher in den Gesellschaftsvertrag der KG ein Beschlusskatalog aufgenommen werden.²³⁰

Ein Verweis auf das GmbH-Recht muss jedoch wenigstens zusätzlich möglich sein, um auch Fälle abdecken zu können, die bei der Vertragsgestaltung übersehen wurden. Ein solcher zusätzlicher Verweis neben der grundsätzlichen Katalogisierung dürfte wohl mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht kollidieren.²³¹ Die optimale Lösung liegt daher in einem Kompromiss aus Katalogisierung und Verweisung. Gesellschaftsvertraglich ist dies dadurch umzusetzen, dass bereits in der Satzung der GmbH ausführlich die Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung geregelt werden, d. h. neben den ohnehin gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten die Bereiche festgelegt werden, in denen die Geschäftsführung der GmbH der Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung²³² bedarf. An dieser Regelung ist dann die KG-Klausel zu orientieren, die mangels Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung ausführlich sämtliche Fälle zu erfassen hat und in die – wegen der Gefahr, dass etwaige Zuständigkeiten übersehen werden – ein Verweis auf die Bestimmungen des GmbH-Vertrags aufzunehmen ist.

Mangels ausreichender Verweisungsmöglichkeit sind damit aber nur die Zuständigkeiten übereinstimmend ausgestaltet. Zusätzlich müssen die erforderlichen Mehrheiten in beiden Gesellschaftsverträgen parallel ausgestaltet werden, wobei sich eine enge Orientierung an den Bestimmungen der §§ 45 II, 47 und 53 GmbHG anbietet.²³³

b) Einberufung und Ablauf der Gesellschafterversammlung

Neben der Regelung der Zuständigkeiten und der Ermächtigung zu Mehrheitsbeschlüssen muss zudem noch die Einberufung und der äußere Ablauf der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf die Schaffung einer Einheitsversammlung parallelisiert werden. Jeder Gesellschafterversammlung hat grundsätzlich eine förmliche Einberufung durch Einladung voranzugehen, damit die Gesellschafter sich vorbereiten können und ihre Rechte wahren können. Regelungen hierfür finden sich allerdings nur für die GmbH in §§ 49 – 51 GmbHG, nicht dagegen auch für die KG.²³⁴

Um zu gewährleisten, dass sich die Gesellschafter keine Gedanken machen müssen, für welche Gesellschaft sie nun abstimmen, bietet sich daher auch für die KG eine Orientierung an den GmbH-Bestimmungen an. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte dabei von einer pauschalen Verweisung auf das GmbH-Recht, wie sie parallel zur Einführung der Mehrheitskompetenz für ausreichend gehalten wird,²³⁵ abgesehen werden und in beide Verträge gleich lautende Bestimmungen aufgenommen werden.²³⁶

Für die Verwirklichung einer einheitlichen Gesellschafterversammlung ist zudem eine Abstimmung auch des äußeren Ablaufs erforderlich, insbesondere im Hinblick auf die Leitung und den Gang der Gesellschafterversammlung. Zur Vermeidung von Streitigkeiten sollten auch Regelungen aufgenommen werden, die die Anfertigung einer Sitzungsniederschrift in Form einer Ergebnisniederschrift und die schriftliche Protokollierung sämtlicher Beschlüsse parallel in beiden Verträgen vorschreiben.²³⁷

c) Stimmrecht der Gesellschafter

Die Einrichtung eines Doppelorgans ist jedoch erst dann gerechtfertigt, wenn auch eine Vereinheitlichung des Stimmrechts erfolgt und die Komplementär-GmbH vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.²³⁸

²³⁰ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 63; soweit die Problematik noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, raten hierzu auch die Befürworter der Verweisungstechnik, vgl. nur Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 26.

²³¹ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 63.

²³² Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20, § 10 III.

²³³ Vgl. zu einer entsprechenden Regelung etwa Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 13.

²³⁴ Sudhoff-Liebscher, § 16 Rn. 65.

²³⁵ Vgl. etwa Eickhoff Rn. 318.

²³⁶ Vgl. zu einer entsprechenden Vertragsklausel Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 14 IX sowie § 64 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 8 VI. Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 65 ff., 91 ff.

²³⁷ Sudhoff-Liebscher, § 16 Rn. 110. Das Gesetz schreibt eine Protokollierung nur in § 130 AktG vor. Strittig sind allerdings die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Protokollierungspflicht, wenn der Gesellschaftsvertrag diese nicht explizit festlegt. Statutarische Protokollierungspflichten können Wirksamkeitsvoraussetzung für die Beschlussfassung sein, bloße Beweissicherungsfunktion haben, oder schließlich bedeuten, dass das Protokoll, wenn es denn aufgenommen ist, den Beschlussinhalt verbindlich festlegt, Scholz-Karsten Schmidt, § 48 Rn. 55. Maßgebend ist die Auslegung, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 48 Rn. 17; Michalski-Römermann, § 48 Rn. 176; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 48 Rn. 13. Während bei Fehlen einer Regelung der Folgen von Verstößen gegen statutarische, notarielle Beurkundungspflichten der Beschluss unwirksam ist (RG, Urteil vom 4.12.1928, RGZ 122, 367, 369; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 48 Rn. 17; Scholz-Karsten Schmidt, § 48 Rn. 55; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 48 Rn. 13), geht die überwiegende Meinung hinsichtlich einfacher Protokollierungsklauseln davon aus, dass es sich lediglich um Ordnungsvorschriften handelt, die einfache Protokollierung somit als bloße Beweisurkunde dient, RG, Urteil vom 13.6.1922, RGZ 104, 413, 415; Urteil vom 4.12.1928, RGZ 122, 367, 368; OLG Stuttgart, Urteil vom 8.7.1998, GmbHR 1998, 1034, 1035; vgl. auch schon Urteil vom 11.5.1983, BB 1983, 1050; MünchHandbuchGmbH-Wolff, § 39 Rn. 86; Meyer-Landrut/Müller/Niehus-Meyer-Landrut, § 48 Rn. 18; Michalski-Römermann, § 48 Rn. 176; Scholz-Karsten Schmidt, § 48 Rn. 55; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 48 Rn. 13. Teilweise wird jedoch auch hierin eine Wirksamkeitsvoraussetzung gesehen, BayObLG, Beschluss vom 19.9.1991, GmbHR 1992, 306, 307; entgegen Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 110, Fn. 112 vertritt auch Hachenburg-Hüffer, § 47 Rn. 30 keine andere Auffassung, sondern vertritt eben nur für die notarielle Beurkundung eine Wirksamkeitsvoraussetzung, vgl. auch Hachenburg-Hüffer, § 48 Rn. 67. Eine genaue Regelung auch der Folgen ist aus Gründen der Rechtssicherheit unumgänglich, Michalski-Römermann, § 48 Rn. 176; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 48 Rn. 13.

²³⁸ Siehe hierzu unten 2. Kapitel: I.3.c)cc), S. 24.

aa) Grundsätzliche Regelung in GmbH und KG

(1) Gesetzliche Regelung der Stimmrechtsmacht in der KG

Da der Einstimmigkeitsgrundsatz (§ 119 I HGB) zugunsten des Mehrheitsprinzips abbedungen ist, wäre ohne abweichende gesellschaftsvertragliche Bestimmung auf die Auslegungsregel der §§ 161 II, 119 II HGB abzustellen und damit die Mehrheit nach Köpfen maßgeblich.²³⁹ Dies hätte zur Folge, dass die Mehrheit der stimmberechtigten Gesellschafter entscheidend wäre und nicht die Zahl der erschienenen oder abstimmenden Gesellschafter. Zwar ist grundsätzlich die absolute Mehrheit für eine Beschlussfassung erforderlich. Etwas anderes gilt aber dann, wenn eine relative Mehrheit vereinbart ist und vor allem, wenn ein Gesellschafter vom Stimmrecht ausgeschlossen ist. Dies führt zum Abstellen auf die Mehrheit der Stimmberechtigten. Stimmrechtslose Gesellschafter und solche, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, werden nicht mitgezählt. Etwas anderes gilt dagegen für Gesellschafter, die sich der Stimme enthalten oder an der Abstimmung gar nicht teilnehmen. Stimmenthaltungen werden dagegen aufgrund des Erfordernisses einer absoluten Mehrheit anders behandelt. Da sie dem Beschluss nicht zustimmen, kommt ihr Stimmverhalten im Ergebnis einer Ablehnung gleich. Eine analoge Anwendung des § 32 I 3 BGB (Mehrheit der erschienenen Mitglieder) wird abgelehnt.²⁴⁰

Dies würde zudem bedeuten, dass auch derjenigen Komplementär-GmbH ein Stimmrecht zustünde, die nicht am Gesellschaftsvermögen der GmbH & Co. KG beteiligt und nicht explizit vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.²⁴¹

(2) Gesetzliche Regelung der Stimmrechtsmacht in der GmbH

Eine ganz andere Rechtslage besteht für die Komplementär-GmbH. Im Gegensatz zur Beschlussfassung innerhalb der KG erfolgt die Willensbildung in der Gesellschafterversammlung der GmbH gemäß § 47 I GmbHG nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, nicht nach der Mehrheit der Stimmberechtigten. Zudem besteht nicht das Kopfteilprinzip sondern es wird nach Kapitalanteilen²⁴² abgestimmt. Jede fünfzig Euro eines Geschäftsanteils²⁴³ gewähren gemäß § 47 II GmbHG eine Stimme. Dabei kann nach herrschender Meinung derjenige, der verschiedene Kapitalanteile hält, das Stimmrecht aus diesen unterschiedlich ausüben. Diese Möglichkeit ist jedenfalls dann gegeben, wenn dafür ein anerkennenswertes Interesse besteht, was für den Fall angenommen wird, dass die verschiedenen Geschäftsanteile, die von einer Person gehalten werden, verschiedenen Interessenträgern zuzuordnen sind. Als Beispiel lassen sich Treuhand, Stimmbindung, Pfandrecht, Nießbrauch, bezüglich einzelner Anteile nennen.²⁴⁴ Etwas anderes gilt innerhalb ein und desselben Kapitalanteils. Selbst wenn dieser mehrere Stimmen verleiht, so kann das Stimmrecht für ein und dieselbe Kapitalbeteiligung nur einheitlich ausgeübt werden. Die Begründung ist nach h. M. in § 18 I GmbHG zu suchen. Wenn schon die Mitberechtigung an einem Geschäftsanteil keine uneinheitliche Stimmabgabe durch die Mitberechtigten erlaube, sei dies erst recht bei einem einzelnen Gesellschafter nicht möglich.²⁴⁵ Dies gilt selbst dann, wenn der Geschäftsanteil ganz oder teilweise für verschiedene Interessenträger, z.B. mehrer Treuhänder oder Unterbeteiligte, verwaltet wird.²⁴⁶ Nach der bei der GmbH geltenden Rechtslage wäre auch die nicht am Gesellschaftsvermögen der KG beteiligte Komplementär-GmbH auf diese Weise faktisch vom Stimmrecht ausgeschlossen, da hierfür eine Kapitalbeteiligung erforderlich ist, die gerade nicht gegeben ist.²⁴⁷

²³⁹ Dies hat seine Ursache darin, dass der Gesetzgeber die Arbeits- und Haftungsgemeinschaft als typische Erscheinung der OHG gesehen hat, in der die Gesellschafter mit gleichen Rechten und Pflichten ausgestattet und durch den Gesellschaftszweck verbunden sind, vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 66.

²⁴⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 41; *Soergel-Hadding*, § 709 Rn. 38; *MünchKomm-Ulmer*, § 709 Rn. 44, 81; *GroßkommentarHGB-Ulmer*, § 119 Rn. 50; *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 10 Rn. 40; vgl. auch BGH, Urteil vom 30.3.1998, NJW 1998, 1946, 1948; Der BGH bejaht dies jedenfalls für eine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende BGB-Gesellschaft, was auf die KG übertragen werden kann; dagegen sollen nach dem BGH die abgegebenen gültigen Stimmen maßgeblich sein, wenn eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Publikumsgesellschaft mit einer Vielzahl anonymer Mitglieder gegeben ist; Stimmenthaltungen sollen dagegen generell nicht als Gegenstimme gewertet werden, wenn ein Verein streitgegenständlich ist, BGH, Urteil vom 25.1.1982, BGHZ 83, 35 ff.

²⁴¹ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 95.

²⁴² Die Kapitalanteile zeigen das Verhältnis der Beteiligung der verschiedenen Gesellschafter durch Zahlen an, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 120 Rn. 12.

²⁴³ Dieser Begriff wird im GmbHG nicht definiert, jedoch allgemein verstanden als die Summe der Rechte und Pflichten des Gesellschafters. Die Mitgliedschaft in der GmbH wird über den Geschäftsanteil vermittelt, RG, Urteil vom 18.4.1913, RGZ 82, 167, 169; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 14 Rn. 1; *Lutter/Hommelhoff*, § 14 Rn. 1; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 14 Rn. 1; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 I.1.; *Scholz-Winter*, § 14 Rn. 2; *Wolff*, GmbHR 1999, 958 jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁴⁴ RG, Urteil vom 2.2.1938, RGZ 157, 52, 57 f.; *Hachenburg-Hüffer*, § 47 Rn. 61; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 11; weitergehend für eine generelle Möglichkeit der uneinheitlichen Stimmabgabe: *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner*, § 47 Rn. 40; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 127; *Michalski-Römermann*, § 47 Rn. 466; *Roth/Altmeppen-Roth*, § 47 Rn. 24; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 72.

²⁴⁵ BGH, Urteil vom 21.3.1988, BGHZ 104, 66, 74; *Hachenburg-Hüffer*, § 47 Rn. 59; *Eickhoff* Rn. 174; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner*, § 47 Rn. 39; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 127; *Roth/Altmeppen-Roth*, § 47 Rn. 24; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 69; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 11; für die Zulässigkeit der uneingeschränkten Stimmrechtsausübung dagegen *Michalski-Römermann*, § 47 Rn. 463; vgl. auch schon *Boehmer*, NJW 1949, 564, 565 f.

²⁴⁶ *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner*, § 47 Rn. 39; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 69; a. A. RG, Urteil vom 11.10.1932, RGZ 137, 305, 312 f.; *Eickhoff* Rn. 174, der sich hierbei auf BGH, Urteil vom 21.3.1988, BGHZ 104, 66, 74 stützt: in dieser Entscheidung stellt der BGH jedoch gerade nicht auf die objektiv uneinheitliche Stimmabgabe ab, sondern darauf, dass es sich nicht um eine unzulässige Stimmaufspaltung handele, weil der Gesellschafter den subjektiven Willen zur einheitlichen Stimmabgabe hatte; *Hachenburg-Schilling*, 7. Auflage, § 47 Rn. 21 i.V.m. 18; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 11.

²⁴⁷ OLG München, Urteil vom 16.1.1998, GmbHR 1999, 81, 82 f.

bb) Angleichung der Rechtslage

Dem Interesse der Gesellschafter, in beiden Gesellschaften in gleichem Maße an der Willensbildung teilnehmen zu können und sich somit auch grundsätzlich keine Gedanken machen zu müssen, für welche Gesellschaft gerade abgestimmt wird, kann eine Abstimmung nach Köpfen nicht gerecht werden. Es wird ihnen vor allem darum gehen, dass sich ihr Stimmrecht am Kapitalanteil orientiert. Denn die kapitalmäßige Beteiligung soll sich im Einfluss des Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft widerspiegeln, wofür wiederum dem Stimmrecht besondere Bedeutung zukommt. Zudem ist das Abstellen auf die Mehrheit der Stimmberechtigten insoweit problematisch als dadurch die Bildung von Mehrheiten erschwert wird, wenn nicht alle Gesellschafter an der Versammlung teilnehmen.

Dies zeigt, dass vor allem im Rahmen der hier diskutierten echten GmbH & Co. KG ein Abweichen von der gesetzlichen Rechtslage geboten ist. Es liegt wiederum eine Angleichung an das Recht der Komplementär-GmbH nahe. Es muss daher im KG-Vertrag entsprechend § 47 II GmbHG geregelt werden, dass die Abstimmung nach Kapitalanteilen erfolgt, wobei je 50 Euro Kapitalanteil eine Stimme gewährt.²⁴⁸ Zwar wird teilweise in der Literatur vertreten, dass auch ohne spezielle gesellschaftsvertragliche Verankerung ein Abstellen auf die Kapitalanteile bei der Berechnung der Mehrheit im Wege ergänzender Vertragsauslegung in Betracht kommt.²⁴⁹ Doch ist dies im vorliegenden Fall aus zwei Aspekten abzulehnen: Zum einen wird diese Ansicht nur für den Fall einer Gesellschaft mit kapitalistischer Struktur angenommen, die durch stark unterschiedliche Beteiligungsverhältnisse geprägt ist, was hier gerade nicht der Fall ist. Zum anderen ist eine vertragliche Regelung schon auf Grund der kautelarjuristischen Sorgfaltspflicht geboten und zur Vermeidung späterer Streitigkeiten unumgänglich.²⁵⁰

Zu diesem Zweck wird das Kapitalkonto der Gesellschafter zumindest zweigeteilt²⁵¹ in einen festen Teil (Kapitalkonto I) für die Einlage und in ein bewegliches Kapitalkonto für Gewinne, Verluste und Entnahmen (Kapitalkonto II).²⁵² Das Stimmrecht – sowie auch sonstige nach dem Willen der Gesellschafter am Kapitalanteil orientierte Rechte und Pflichten – richtet sich dabei nach der Höhe der gezeichneten Kommanditeinlage, also nach Kapitalkonto I,²⁵³ auch wenn diese noch nicht eingezahlt ist. Üblicherweise wird aber festgelegt, dass die auf dem Kapitalkonto I einzuzahlende Einlage sowohl Pflicht- als auch Hafteinlage²⁵⁴ ist. Zudem ist zur Sicherung der Kapitalaufbringung zu bestimmen, dass Einlage bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags in voller Höhe zu begleichen ist.²⁵⁵

Der Gesellschaftsvertrag muss zudem auf die Problematik eingehen, ob die Mehrheit der abgegebenen oder die Mehrheit der in der Versammlung vertretenen oder die Mehrheit der insgesamt vorhandenen Stimmen den Ausschlag geben soll.²⁵⁶ Wird eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag offengelassen, so wäre durch Auslegung nach § 133 BGB zu ermitteln, was mit „Mehrheit“ gemeint ist.²⁵⁷ Nach der überwiegenden Auffassung ist in diesem Fall im Zweifel von der Mehrheit der Stimmen aller Gesellschafter auszugehen, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag keine Anhaltspunkte ableiten lassen.²⁵⁸ Dies hat seine Ursache darin, dass nach dem so genannten Bestimmtheitsgrundsatz eine einschränkende Auslegung von Mehrheitsklauseln geboten ist.²⁵⁹ Erforderlich ist daher, die Mehrheitsklausel im Sinne des § 47 I GmbHG zu erweitern und die Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fordern, da nur dies dem Gesellschafterinteresse entspricht.²⁶⁰ Ansonsten könnte eine in der Versammlung erschienene Minderheit keine Mehrheitsbeschlüsse fassen.²⁶¹

cc) Ausschluss der Komplementär-GmbH vom Stimmrecht

Grundsätzlich stünde auch der Komplementär-GmbH bei Beteiligung am Gesellschaftsvermögen der KG ein Stimmrecht in der KG-Gesellschafterversammlung zu. Ein Gleichlauf im Sinne einer Einheitsversammlung kann

²⁴⁸ Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 67; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 158; Karsten Schmidt, ZHR 158, 205, 207; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 40.

²⁴⁹ Vgl. GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 51.

²⁵⁰ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 159.

²⁵¹ Vgl. zu den verschiedenen Gestaltungsalternativen Baumbach/Hopt, HGB, § 120 Rn. 19 f.; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 20 Rn. 30 ff.

²⁵² Die Bezeichnungen für die beiden Konten schwanken: zu lesen sind: „Kapitalkonto I – Kapitalkonto II“, „festes Kapitalkonto – variables Kapitalkonto“, „Kapitalkonto – Sonderkonto“, „Kapitalkonto – Personalkonto“, „Kapitalkonto – Privatkonto“, „Kapitalkonto – Darlehenskonto“, „Kapitalkonto – laufendes Konto“, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 120 Rn. 19; Huber, ZGR 1988, 1, 47 f.; Hopt-Volhard, Form II.E.2., § 5 I.

²⁵³ Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 20 Rn. 19, 30 f.

²⁵⁴ Die Pflichteinlage betrifft das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander, während die Hafteinlage oder -summe das Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern betrifft und nach § 162 I HGB ins Handelsregister einzutragen ist. Die Hafteinlage kann von der Pflichteinlage abweichen (§ 172 III HGB), Baumbach/Hopt, HGB, § 171 Rn. 1.

²⁵⁵ Baumbach/Hopt, HGB, § 120 Rn. 19; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 95; Huber, ZGR 1988, 1, 47. Vgl. zur Fassung einer entsprechenden Klausel, Hopt-Volhard, Form II.E.2., §§ 3, 4, wobei eine Aufteilung sogar in mehr als zwei Konten erfolgt.

²⁵⁶ Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 23.

²⁵⁷ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 334.

²⁵⁸ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 334; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 119 Rn. 9; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 16; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 23.

²⁵⁹ BGH, vom 13.5.1985, DB 1985, 2037, 2038; Urteil vom 15.6.1987, GmbHR 1988, 20, 21 f.; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn.334.

²⁶⁰ Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 41; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 51; vgl. zu einer entsprechenden Vertragsgestaltung Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 13 II, IV; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 9 II, III.

²⁶¹ Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 23.

jedoch nur dann erreicht werden, wenn die an der Willensbildung in beiden Gesellschaften beteiligten Gesellschafter übereinstimmen. Ohne Stimmrechtsausschluss der GmbH könnte diese in der Gesellschafterversammlung der KG mitbestimmen, so dass unterschiedliche Ergebnisse der Beschlussfassung in GmbH und KG möglich sind, was gerade nicht im Interesse der Gesellschafter liegt.

(1) Gesellschaftsvertragliche Möglichkeiten des Stimmrechtsausschlusses

Es stellt sich die Frage, wie ein Ausschluss des Stimmrechts vertraglich fixiert werden soll. Es kommt zum einen in Betracht, eine explizite Klausel in den Gesellschaftsvertrag der KG aufzunehmen, wonach die GmbH vom Stimmrecht in der KG ausgeschlossen ist. Zu denken ist jedoch auch an einen, sozusagen konkludenten Ausschluss, indem die GmbH von der Einlagepflicht und von jeglicher Kapitalbeteiligung ausgeschlossen wird. Dies führt automatisch zu einem Ausschluss vom Stimmrecht, da dieses an den Kapitalanteil gekoppelt ist.

(2) Stimmrechtsausschluss durch fehlende Kapitalbeteiligung der GmbH am Gesellschaftsvermögen der KG

Die GmbH nicht am Kapital der KG zu beteiligen, empfiehlt sich schon deshalb, weil auf diese Weise zugleich der Einfluss der Kommanditisten gestärkt wird, was schließlich im Interesse der Gesellschafter liegt. Es ist ja gerade charakteristisch für die echte GmbH & Co. KG, dass sich die Funktion der GmbH auf die Übernahme der persönlichen Haftung beschränkt. Zudem wird dadurch der Gewinnanteil der GmbH möglichst gering gehalten²⁶², wofür schon steuerliche Gründe sprechen.²⁶³ Diese Vorgehensweise ist daher üblich.²⁶⁴ Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte allerdings zusätzlich ein vertraglicher Ausschluss des Stimmrechts in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.²⁶⁵

Die vorgeschlagene Vertragsgestaltung kann aus kautelarjuristischer Sicht jedoch nur dann empfohlen werden, wenn ihr keine zwingenden Grundsätze bzw. schwierige Folgeprobleme entgegenstehen. Diskutiert wird diese Problematik unter drei Gesichtspunkten. Zum einen darf ein Stimmrechtsausschluss grundsätzlich nicht so weit gehen, dass in den Kernbereich der Mitgliedschaft der GmbH an der KG eingegriffen wird. Zum anderen ist auch die Beteiligung an Gewinn und Verlust von der Kapitalbeteiligung abhängig, vgl. § 168 HGB, was weitreichende Konsequenzen hat. Schließlich muss diese Gestaltung handelsrechtlich zulässig sein.

²⁶² Vgl. unten **2. Kapitel: I.3.c)cc)(2)(c), S. 27.**

²⁶³ Es kann hier allerdings nicht mehr der Vorteil der vermögensteuerlichen Doppelbelastung angeführt werden. Eine solche war nur bis zum 31.12.1996 zu beachten (vgl. schon oben **1. Kapitel: III.2, S. 4**), da bis dahin sowohl die GmbH Steuersubjekt war, § 1 I Nr. 2 a) VStG, als auch der Geschäftsanteil des GmbH-Gesellschafters der Vermögenssteuer unterlag.

Es besteht aber nach wie vor ein entscheidender steuerlicher Vorteil, da mangels Kapitalbeteiligung auch keine Beteiligung am Gewinn und Verlust erfolgt (vgl. unten **2. Kapitel: I.3.c)cc)(2)(c), S. 27**): Ein Ausschluss der GmbH von der Gewinn- und Verlustbeteiligung ist zwar auch bei bestehender Kapitalbeteiligung der GmbH am Gesellschaftsvermögen der KG möglich. Doch muss der GmbH dann grundsätzlich auch ein angemessener Anteil am Gewinn zustehen. § 168 II HGB ist zwar dispositiv, so dass gesellschaftsvertraglich die gewünschte Regelung erreicht werden kann. Dies ist jedoch nicht angemessen im steuerrechtlichen Sinne und wird daher als verdeckte Gewinnausschüttung der Komplementär-GmbH und ihren Gesellschaftern als Gewinnanteil (§ 8 III 2 KStG, § 20 I 1 Nr. 1 EStG) zugerechnet, *Böttcher*, in: aktuelle Probleme der GmbH & Co., 91, 94 f.; *Schmidt-Schmidt*, § 15 Rn. 722, 724. Angemessen wäre die Gewinnverteilung nur dann, wenn der GmbH auf die Dauer Ersatz ihrer Auslagen und eine den Kapitaleinsatz und das eventuell vorhandene Haftungsrisiko berücksichtigende Beteiligung am Gewinn in einer Höhe eingeräumt ist, mit der sich eine fremde GmbH zufrieden gegeben hätte, BFH, Urteil vom 15.11.1967, BStBl II 1968, 152, 159; *Schmidt-Schmidt*, EStG, § 15 Rn. 722. Die Zurechnung des Gewinnanteils richtet sich folglich nach den Leistungen der GmbH. Ist sie also am Kapital beteiligt, so sind ihr Kapitaleinsatz, ihr Haftungsrisiko und ihre Geschäftsführertätigkeit maßgeblich, *Binz*, GmbH & Co., § 18 Rn. 143 ff.; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 168 Rn. 19.

Ist sie dagegen nicht am Kapital beteiligt, so droht zwar auch die Gefahr der verdeckten Gewinnausschüttung. Es muss die GmbH auch dann ein Entgelt dafür erhalten, dass sie die alleinige Komplementärin der KG ist mit der Folge etwaiger Schulden, die im Insolvenzfall aus dem Gesellschaftsvermögen der KG nicht mehr kompensiert werden können, *Binz*, GmbH & Co., § 18 Rn. 140. Die Vergütung muss angemessen sein, da ansonsten auch hier aufgrund der identischen Beteiligung der Gesellschafter in beiden Gesellschaften jedes Zurückstecken der GmbH zugunsten der Kommanditisten geht, die zugleich Gesellschafter der GmbH sind mit der Folge, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung der GmbH an ihre Gesellschafter anzunehmen ist, vgl. § 8 III 2 KStG, 20 I 1 Nr. 1 EStG. Da jedoch die maßgeblichen Leistungen der GmbH geringer sind als bei Kapitalbeteiligung, ist die Gewinnverteilung bereits dann angemessen, wenn die KG der GmbH ein Entgelt in Höhe einer risikoadäquaten banküblichen Avalprovision gewährt. Nur dann kann angenommen werden, dass auch eine aus gesellschaftsfremden Personen bestehende GmbH eine solche Verteilungsregelung abgeschlossen hätte, BFH, Urteil vom 3.2.1977, BStBl II 1977, 346, 347; *Binz*, GmbH & Co., § 18 Rn. 139 ff.; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 168 Rn. 19; Münchener Vertragshandbuch I-*Riegger*, III.7 Anm. 9; *Schmidt-Schmidt*, EStG, § 15 Rn. 723 f.; *Hopt-Volhard/Tischbirek*, Form II.E.1. Anm. 4. Haben die Kommanditisten die Komplementär-GmbH im Innenverhältnis von der Haftung freigestellt, hält der BFH sogar die Risikoprämie für entbehrlich, Urteil vom 15.11.1967, BStBl. II 1968, 152, 158. Vgl. zur Frage der steuerlichen Angemessenheitskontrolle auch *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 168 Rn. 22 ff. sowie (zur Frage der verdeckten Gewinnausschüttung bei Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung mit Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH) BFH, Urteil vom 27.2.2003, GmbHR 2003, 1214 mit Anmerkung *Schröder*, GmbHR 2003, 1218.

²⁶⁴ *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 160; *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 45 Rn. 40; vgl. auch *Sudhoff-Reichert*, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 6 II; Münchener Vertragshandbuch I-*Riegger*, III.10, § 3 I.

²⁶⁵ Jedenfalls die Möglichkeit wird kaum bestritten, vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 367 ff.; Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 13; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 37; *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 45 Rn. 40; *GroßkommentarHGB-Ulmer*, § 119 Rn. 69; *MünchKomm-Ulmer*, § 709 Rn. 58.

(a) Handelsrechtliche Zulässigkeit der fehlenden Kapitalbeteiligung

Probleme könnten sich im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck im Sinne §§ 161 II, 105 III HGB, 705 BGB ergeben. § 105 I HGB steht schon deshalb nicht entgegen, da ein Handelsgewerbe unproblematisch bezweckt ist mit der Gesellschaft. Da es zum unabdingbaren Wesen einer Personengesellschaft gehört, dass sämtliche Gesellschafter eine Verpflichtung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks eingehen und auch danach handeln,²⁶⁶ müsste dies auch bei fehlender Kapitalbeteiligung der Fall sein. Hierfür ist allerdings eine Beteiligung am Kapital nicht erforderlich, weil auch ohne Kapitalbeteiligung der Komplementär-GmbH ihre Verpflichtung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks nicht inhaltsleer ist. Sie kann vielmehr zur Förderung des Gesellschaftszwecks auch durch die Leistung von Diensten²⁶⁷ beitragen, indem sie durch ihren Eintritt als persönlich haftende Gesellschafterin die Gestaltung einer Kommanditgesellschaft erst ermöglicht und zudem einen Beitrag durch die Tätigkeit als Geschäftsführerin leistet. § 705 BGB verlangt nur die Leistung irgendeines Beitrags, um den Gesellschaftszweck zu fördern. Dies kann auch in anderer Form als durch Kapitalzuführung erfolgen.²⁶⁸

(b) Schranken der Kernbereichslehre²⁶⁹

Es stellt sich die Frage, ob ein Ausschluss der GmbH vom Stimmrecht über die fehlende Kapitalbeteiligung nicht insoweit auf Grenzen stößt, als Beschlüsse betroffen sind, die für die Rechtsstellung des Gesellschafters von elementarer Bedeutung sind und daher ein Beteiligungsrecht in Form einer Zustimmungskompetenz indizieren. Zur Absicherung dieses Stimmrechts hat der Bundesgerichtshof schließlich gerade die Kernbereichslehre entwickelt, aus deren weiterer Diskussion das generelle Zustimmungsrecht resultiert.²⁷⁰ Kautelarjuristisch interessant ist, ob eine Möglichkeit besteht, die GmbH gänzlich, also auch im Kernbereich, von der Willensbildung der KG auszuschließen. Der Bundesgerichtshof hat dabei durchaus auch Fälle anerkannt, in denen ein Stimmrechtsausschluss auch den Kernbereich erfasst.

(aa) Rechtslage für GmbH-Gesellschaftern und Kommanditisten

Für GmbH-Gesellschafter und Kommanditisten sieht der BGH keinen Anlass für einen Schutz der Gesellschafter im Kernbereich. Die Begründung dafür sucht der Bundesgerichtshof darin, dass das Recht der GmbH vom Grundsatz der Satzungsautonomie beherrscht wird. Es bestehe eine sehr weitreichende Freiheit in der Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte. Grenze seien zwingende Vorschriften und das Wesen der Gesellschaft.²⁷¹ Zudem seien die Bedenken, die einen Stimmrechtsausschluss bei der OHG entgegenstehen, hier nicht gegeben. Es bestehe gerade keine unbeschränkte persönliche Haftung, mit der sich ein Ausschluss von der Mitwirkung an der Willensbildung der Gesellschaft nicht verträge. Aufgrund der in beiden Gesellschaften auf die Einlage beschränkten Haftung²⁷² bleiben die Konsequenzen der Beschlussfassung überschaubar, auch wenn sie ohne ihre Mitwirkung erfolgten.²⁷³

(bb) Rechtslage für die Komplementär-GmbH

Grundsätzlich gilt für den persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft nichts anderes als für den OHG-Gesellschafter. Mangels beschränkter Haftung ist eine Nichtteilnahme an der Willensbildung der Gesellschaft im Vergleich zur unbeschränkten Haftung grundsätzlich nicht gerechtfertigt.²⁷⁴

Nach Ansicht des Bundesgerichtshof ergibt sich aber aus der konkreten Gestaltung einer GmbH & Co. KG etwas anderes. Er begründet dies allerdings nicht mehr primär mit dem Argument der Haftungsbeschränkung. Vielmehr stellt er auf die Konstellation der personengleichen GmbH & Co. KG ab. Der gewünschte Gleichlauf der Willensbildung in beiden Gesellschaften kann durch einen Stimmrechtsausschluss der GmbH in der KG sichergestellt werden. Der Ausschluss sei zum einen zulässig, da aufgrund der Personengleichheit der Gesellschafter eine gleichmäßige Willensbildung in beiden Gesellschaften gewährleistet sei. Zum anderen sei er gerade unerlässlich-

²⁶⁶ Vgl. Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 9 Rn. 9.

²⁶⁷ Vgl. §§ 161 II, 105 III HGB i.V.m. 706 III BGB.

²⁶⁸ Böttcher, in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 91, 96; Huber, Vermögensanteil, S. 293 f. Problematisch könnte der Gesellschaftszweck allerdings dann werden, wenn die GmbH auch noch von der Tätigkeit als Geschäftsführerin ausgeschlossen wäre und ihr Kapital im Vergleich zur Bilanzsumme der Kommanditgesellschaft nur einen geringen Bruchteil ausmacht. Dann könnte man bezweifeln, inwieweit die GmbH tatsächlich noch einen relevanten Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks leistet, vgl. Huber, Vermögensanteil, S. 295.

²⁶⁹ Teilweise wird auch versucht, für die Wirksamkeit und Reichweite des Stimmrechtsausschlusses auf den Bestimmtheitsgrundsatz zurückzugreifen, vgl. Hermanns, S. 122; Immenga, ZGR 1974, 385, 422 f.; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 37; ders., DB 1973, 413, 417 f.; Röttger, S. 157. Dem kann allerdings nach der hier vertretenen Einordnung des Bestimmtheitsgrundsatzes als „bloße“ Auslegungsregel, die nicht dem inhaltlichen Schutz des Gesellschafters dient [vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(4), S. 14], nicht gefolgt werden, vgl. auch GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 69.

²⁷⁰ BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 369 f. und oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15.

²⁷¹ BGH, Urteil vom 14.7.1954, BGHZ 14, 264, 269 f.

²⁷² Anteil am Gesellschaftsvermögen bei GmbH-Gesellschafter: § 13 II GmbHG; Haftsumme bei Kommanditisten: §§ 171 I, 172 I HGB.

²⁷³ BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 368.

²⁷⁴ BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592.

che Voraussetzung, da nur auf diese Weise die Einheitlichkeit der Willensbildung sichergestellt werden kann.²⁷⁵ Nur dann ist die Abstimmung in beiden Gesellschaften auch tatsächlich personengleich.²⁷⁶

(cc) Stellungnahme

Der Ansicht des Bundesgerichtshof ist zu folgen, weil in der vorliegenden Konstellation – was auch der BGH in seiner Entscheidung anklingen lässt – durchaus ein Vergleich mit dem Stimmrechtsausschluss beim Kommanditisten nicht von vornherein ausgeschlossen ist. So besteht zwar auf den ersten Blick ein gewaltiger Unterschied, da der Komplementär der KG grundsätzlich unbeschränkt haftet, § 161 I HGB. Doch ist dieser Unterschied bei genauerer Betrachtung weit weniger augenfällig. Denn auch wenn die Komplementär-GmbH nach KG-Recht unbeschränkt haftet, so ändert dies nichts daran, dass die GmbH dennoch nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet, § 13 II GmbHG.²⁷⁷ Die Frage, ob nun das Stimmrecht immer parallel zum Kommanditisten ausgeschlossen werden kann, hat der Bundesgerichtshof offen gelassen, da ihm immer noch das zweite – oben ausgeführte – Argument der Personengleichheit blieb.²⁷⁸

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang letztlich, dass einem Stimmrechtsausschluss nicht schon das Dogma des Zusammenhangs von Haftung und Herrschaft entgegensteht. Eine Unverzichtbarkeit des Stimmrechts kann daraus schon deshalb nicht abgeleitet werden,²⁷⁹ weil es zwar dem gesetzlichen Leitbild der Personengesellschaften entsprechen mag, darin jedoch keine zwingende Schranke der Privatautonomie zu sehen ist. Dies lässt sich bestätigen durch die weitgehend anerkannte Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Geschäftsführungskompetenzen von OHG-Gesellschaftern.²⁸⁰

Die Lösung folgt vielmehr durch eine Klarstellung des Unterschieds zwischen Stimmrecht und Zustimmungsrecht. Nur letzteres ist im Hinblick auf Eingriffe in den Kernbereich unverzichtbar, nicht dagegen das Stimmrecht. Über dieses Zustimmungsrecht ist der Gesellschafter somit auch für den Fall, dass er vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, geschützt.²⁸¹

Es stellt sich jedoch vor dem Hintergrund der Ausgangsproblematik, ob der Stimmrechtsausschluss auch im Kernbereich möglich ist,²⁸² letztlich die Frage, ob der Stimmrechtsausschluss kernbereichsresistent ist. Mit anderen Worten, ob entsprechend der Rechtslage bei Kommanditisten und GmbH-Gesellschaftern der GmbH auch kein Zustimmungsrecht zusteht. Dies lässt sich aufgrund der Besonderheiten der echten GmbH & Co. KG bejahen.²⁸³ Da es sich bei der GmbH um eine juristische Person handelt, § 13 I GmbHG, sind deren schutzwürdige Interessen mit denen ihrer Gesellschafter gleichzusetzen, vor allem, weil bei der echten GmbH & Co. KG nur wenige Gesellschafter vorhanden sind. Aufgrund der Personengleichheit sind diese wiederum die Kommanditisten der KG. Es besteht folglich kein Bedürfnis, der GmbH selbst im Kernbereich ein Zustimmungsrecht zuzusprechen, da dieses dann schon von den Kommanditisten, die zugleich Gesellschafter der GmbH sind, geltend gemacht werden kann.²⁸⁴

(c) Auswirkungen der fehlenden Kapitalbeteiligung auf die Gewinn- und Verlustbeteiligung

Einer Nichtbeteiligung am Gesellschaftsvermögen der KG könnten bereits rein tatsächliche Auswirkungen entgegenstehen. Da sich die Gewinn- und Verlustbeteiligung grundsätzlich am Kapitalanteil orientiert, § 168 HGB,²⁸⁵ hätte die GmbH demnach auch keinen Gewinnanspruch²⁸⁶ und müsste vor allem den Verlust nicht tragen.²⁸⁷ Dies wäre die notwendige Konsequenz der fehlenden Kapitalbeteiligung, die letztlich gerade von den Gesellschaftern gewünscht ist, da sich dadurch indirekt ihr Anteil erhöht.

²⁷⁵ So vor allem auch in der Literatur, Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 139; vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.2.a).

²⁷⁶ BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592; Bahnsen, GmbHR 2001, 317, 318 f. Von der Rechtsprechung des BGH noch nicht entschieden ist der Stimmrechtsausschluss der Komplementär-GmbH in der personenverschiedenen GmbH & Co. KG, vgl. hierzu ausführlich Bahnsen, GmbHR 2001, 317, 319 f.

²⁷⁷ BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592.

²⁷⁸ BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592.

²⁷⁹ Im Sinne einer Unverzichtbarkeit aber Heins, NJW 1948, 252, 253; Wiedemann, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 28; vgl. auch die weiteren Nachweise bei GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 68, Fn. 168.

²⁸⁰ GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 69.

²⁸¹ Bahnsen, GmbHR 2001, 317, 319; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 69; vgl. auch BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592. Dem Gesellschafter bleiben darüber hinaus bei Unzumutbarkeit immer noch die unverzichtbare Auflösungsklage (vgl. unten 3. Kapitel: I.4, S. 204) sowie die Befugnis zum Ausscheiden (vgl. unten 2. Kapitel: IV.146), GroßkommentarHGB-Ulmer, § 119 Rn. 70.

²⁸² Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c)cc)(2)(b), S. 26.

²⁸³ Für die personenverschiedene GmbH & Co. KG muss es dagegen konsequenterweise bei dem bereits gefundenen Ergebnis bleiben, Bahnsen, GmbHR 2001, 317, 319.

²⁸⁴ BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 73/92, GmbHR 1993, 591, 592; Bahnsen, GmbHR 2001, 317, 319; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 40.

²⁸⁵ So schon nach der gesetzlichen Lage. Aber auch bei Abweichung von der dispositiven Regelung des § 168 wird meist üblicherweise auf Kapitalanteile abgestellt, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 168 Rn. 2, 3, 4; Hopt-Volhard/Tischbirek, Form II.E.2., § 8 III.

²⁸⁶ Sie erhält nur eine für die Übernahme der persönlichen Haftung aus steuerlichen Gründen zu zahlenden Haftungsvergütung, vgl. oben Fn. 263.

²⁸⁷ Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 168 Rn. 4 i.V.m. § 167 Rn. 7, 8 i.V.m. § 120 Rn. 23; Sudhoff-Düll, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 12; Hopt-Volhard/Tischbirek, Form II.E.1. Anm. 9. Damit wäre die Ergebnisbeteiligung der Komplementär-GmbH weitestgehend abbedungen, Hopt-Volhard/Tischbirek, Form II.E.1. Anm. 9.

(aa) Handelsrechtliche Zulässigkeit der fehlenden Gewinnbeteiligung

Auch in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit die Nichtbeteiligung am Ergebnis noch von der Gestaltungsfreiheit nach dem HGB gerechtfertigt ist. Im Kern geht es hier ebenfalls um die Vereinbarkeit mit der Verpflichtung der Gesellschafter zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, §§ 161 II, 105 III i.V.m. 705 BGB, als elementarem Element des Personengesellschaftsrechts. § 105 I HGB steht wiederum nicht entgegen.²⁸⁸

Ansatzpunkt ist dabei die fehlende Gewinnbeteiligung der Komplementär-GmbH. Man muss jedoch davon ausgehen, dass eine Verbindung der Gesellschafter durch einen gemeinsamen Zweck auch dann gegeben ist, wenn manche Gesellschafter aus uneigennütigen Beweggründen an der Gesellschaft beteiligt sind, die anderen aus eigennützigen.²⁸⁹ Eine Gewinnbeteiligung ist nicht unabdingbare Voraussetzung.²⁹⁰ Man kann dieses Ergebnis mit verschiedenen Argumentationen begründen. Zum einen lässt sich anführen, dass zwar dem gemeinsamen Zweck ein individueller Vorteil für jeden Gesellschafter inhärent ist, dass dieser Vorteil aber nicht materieller Art sein muss, sondern vielmehr auch im ideellen Bereich angesiedelt sein kann und darf.²⁹¹ Zum anderen könnte man auch für eine Trennung von Zweck der Gesellschaft und subjektivem Interesse des Gesellschafters plädieren.²⁹² Der gemeinsame Zweck bestehe in dem Betreiben des Handelsgewerbes und nicht darin, dass jedem Gesellschafter zugleich auch der wirtschaftliche Erfolg zuteil wird.²⁹³

Die Unabhängigkeit des gemeinsamen Zwecks von der Ergebnisbeteiligung entspricht der heute herrschenden Meinung. Ihr hat sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen.²⁹⁴ Richtigerweise muss man auf eine generelle Trennung von Zweck und subjektivem Interesse abstellen. Dies lässt sich damit begründen, dass der in § 105 HGB vorgeschriebene Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, immer auch ein gemeinsamer Zweck im Sinne des § 705 BGB ist, auf den über § 105 III HGB verwiesen wird. Dies ist notwendige Konsequenz, an der divergierende subjektive Interessen nichts ändern. Abzustellen ist nämlich im Rahmen von § 705 BGB nicht auf den Zweck, der den einzelnen Gesellschaftern gemeinsam ist, sondern auf denjenigen der jeweiligen entstehenden Gesellschaft. Maßgebend ist somit für die Beurteilung der Verbandszweck der Kommanditgesellschaft, der nicht persönlich geprägt ist, sondern vielmehr im überindividuellen Bereich angesiedelt ist.²⁹⁵ Wenn aber von dieser Prämisse auszugehen ist, dann kann die Beurteilung eines gemeinsamen Zwecks auch nicht, je nach dem Interesse der Gesellschafter, einmal bejaht, das andere Mal verneint werden. Es ginge daher fehl, den gemeinsamen Zweck nur als Summe gleichgerichteter individueller Vorteile zu verstehen. Er liegt vielmehr im gemeinsamen Betrieb des Handelsgeschäfts, bei dem die Gesellschafter produktiv zusammenzuwirken suchen.²⁹⁶

(bb) Haftungsfolgen der fehlenden Verlustbeteiligung

Die Haftungsprobleme bei fehlender Ergebnisbeteiligung sind allerdings nicht von der Hand zu weisen. Diese resultieren aus der Tatsache, dass die GmbH, wenn sie im Außenverhältnis aufgrund ihrer Eigenschaft als Komplementärin haftet, eventuell wegen ihrer fehlenden Verlustbeteiligung im Innenverhältnis einen Regress- bzw. Freistellungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter, die Kommanditisten, hat. Grundsätzlich kommt auch für die Komplementär-GmbH ein gesetzlicher Ausgleichs- bzw. Freistellungsanspruch in Betracht und somit für die Kommanditisten eine entsprechende Pflicht: Wie bei OHG-Gesellschaftern ist von einer subsidiären pro rata Haftung auszugehen: Aufgrund der Treu- und Rücksichtspflicht gegenüber den Mitgesellschaftern ist zunächst die Gesellschaft selbst in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch folgt aus §§ 161 II, 110 HGB. Nur dann, wenn die

²⁸⁸ Vgl. bereits oben **2. Kapitel: I.3.c)cc(2)(a), S. 26.**

²⁸⁹ *Flume*, Personengesellschaft, § 3 II, S. 42 ff.; *Soergel-Hadding*, § 705 Rn. 36; *Hueck*, § 1 I.1.b); GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 20, 22; MünchKomm-*Ulmer*, § 705 Rn. 116 ff.; ablehnend vor allem die frühere Rechtsprechung und Literatur [vgl. vor allem die Nachweise bei *Hueck*, § 1 I.1.b), Fn. 7]: RG, Urteil vom 14.3.1919, RGZ 95, 147, 149 f.; *Ballerstedt*, JuS 1963, 253, 255; *Staub-Pinner*, § 105 Rn. 4: Die Gewinnbeteiligung sei notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses. Ein gemeinsamer Zweck könne nur dann angenommen werden, wenn alle Gesellschafter am Gewinn beteiligt sind, was aus §§ 105 I, III, 161 II HGB i.V.m. § 705 BGB abgeleitet wird. Selbst dann, wenn ein Gesellschafter ein festes Gehalt bekomme, sei dies nicht ausreichend.

Ebenso, aber etwas weitergehend *Düringer/Hachenburg-Flechtheim*, § 105, Anm. 2: Ausreichend soll es sein, wenn der Gewinnanteil auf einen bestimmten, vom anderen Teilhaber garantierten, Betrag beschränkt sei, wonach auch ein festes Gehalt ohne echte Gewinnbeteiligung der Annahme eines gemeinsamen Zwecks nicht abträglich wäre.

Westermann, Personengesellschaftsrecht Rn. I 28.

²⁹⁰ *Hueck*, § 1 I.1.b), S. 3 ff.

²⁹¹ So schon BGH, Urteil vom 29.1.1951, NJW 1951, 308; Urteil vom 26.10.1959, NJW 1960, 145, 147; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 4 I.2.b); *Westermann*, Personengesellschaftsrecht Rn. I 27.

²⁹² GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 20, 22.

²⁹³ BGH, Urteil vom 6.4.1987, NJW 1987, 3124, 3125.

²⁹⁴ *Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong*, HGB, § 105 Rn. 10; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 105 Rn. 28; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 105 Rn. 29; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 4 I.2.b); MünchKomm-*Ulmer*, § 705 Rn.116 ff.; GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 20. Grenzen für die Privatautonomie können sich aber aus § 138 BGB ergeben bei grob einseitiger, unter Ausnutzung der Unterlegenheit von Mitgesellschaftern durchgesetzter Regelung über die Ergebnisverteilung. Man spricht von einer so genannten „societas leonina“, insbesondere, wenn ein Gesellschafter zwar am Verlust, nicht aber am Gewinn beteiligt ist. Das Problem ist hier nach richtiger Auffassung nicht darin zu sehen, dass schon keine Gesellschaft vorliegt, sondern vielmehr darin, dass zwar eine Gesellschaft gegeben ist, möglicherweise aber eine unzulässige Vertragsgestaltung, vgl. hierzu *Flume*, Personengesellschaft, § 3 V, S. 48 ff., 50; GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 23; MünchKomm-*Ulmer*, § 705 Rn. 118; a. A. und damit schon keine Gesellschaft dagegen *Ballerstedt*, JuS 1963, 253, 255; MünchHandbuchGmbH-Schücking, § 2 Rn. 32: Es handele sich entweder um einen Schenkungsvertrag oder ein abstraktes Garantieverprechen. Vgl. zum Begriff der societas leonina ausführlich *Flume*, Personengesellschaft, § 3 V, S. 48 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 4 I.1.

²⁹⁶ *Huber*, Vermögensanteil, S. 298.

Gesellschaft die Schuld nicht begleichen kann, besteht ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter aus § 426 I BGB. § 110 HGB scheidet insoweit aus. Er kann nur gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden, da es ansonsten entgegen §§ 161 II, 105 III HGB, 707 BGB zu einer Nachschusspflicht käme. § 426 BGB ermöglicht dagegen einen angemessenen Ausgleich unter Berücksichtigung der Verlustbeteiligung. Die für § 426 BGB erforderliche Gleichstufigkeit folgt aus §§ 161 II, 128 bzw. 171 HGB. Es besteht grundsätzlich auch für den Kommanditisten die gesamtschuldnerische Haftung aus §§ 161 II, 128 I HGB, beschränkt gemäß § 171 I HGB.²⁹⁷ Diese Haftung ist grundsätzlich pro rata, also in Höhe der jeweiligen Verlustbeteiligung. Folge ist bei schon erfolgter Begleichung der Schuld durch die Komplementär-GmbH ein Regressanspruch und bei noch nicht erfolgter Zahlung ein Befreiungsanspruch gemäß § 257 BGB gegen die Kommanditisten. Es liegt auch kein Verstoß gegen §§ 161 II, 105 III HGB i.V.m. § 707 BGB vor, da nur die Folgen der grundsätzlich alle Gesellschafter treffenden Haftung aus § 128 HGB verteilt werden.²⁹⁸

Während nach dem gesetzlichen Ausgleichs- und Freistellungsanspruch die jeweilige Verlustbeteiligung Berücksichtigung findet, wird von Teilen des Schrifttums darüber hinaus eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten angenommen. Ein Verlustausschluss für die GmbH sei nur dann ernst gemeint, wenn damit im Innenverhältnis über einen Ausschluss des § 167 HGB ein unbeschränkter Freistellungsanspruch der GmbH gegen die Kommanditisten verbunden sei.²⁹⁹

Als mögliche Folge dieser so genannten Binnenhaftung der Kommanditisten³⁰⁰ könnte eine Aushebelung der auf die Kommanditeinlage beschränkten Haftung der Kommanditisten, § 171 I HGB, zu befürchten sein, mithin eine Gefährdung der Haftungsbeschränkung, insbesondere wenn Gesellschaftsgläubiger diesen Anspruch pfänden lassen.³⁰¹ Grund für die Befürchtung ist, dass zwei grundlegende Prinzipien kollidieren. Zum einen, dass die Kommanditisten kraft Gesetzes über ihre Einlage hinaus zur Verlusttragung nicht verpflichtet sind, § 167 III HGB. Zum anderen die vertragliche Regelung, dass die Komplementär-GmbH bei der Verlusttragung völlig außen vor bleibt.³⁰²

Dies könnte somit dazu führen, dass der Sinn und Zweck der Gründung einer Kommanditgesellschaft, der gerade darin liegt, dass eben nur bestimmte Gesellschafter nach außen unbeschränkt haften sollen, verfehlt wird. Zwar wären die Kommanditisten nach wie vor im Außenverhältnis nicht direkt haftbar, jedenfalls, wenn sie ihre Einlage erbracht haben, § 171 I HGB. Über einen unbeschränkten Regress- bzw. Freistellungsanspruch zugunsten der Komplementär-GmbH würde jedoch indirekt die Haftungsbeschränkung in ihr Gegenteil verkehrt. Dies kann nicht dem Interesse der Gesellschafter entsprechen.³⁰³ Die Konsequenz einer unbeschränkten Haftung entgegen der Bestimmung des § 167 III HGB dürfte von den Gesellschaftern nur in den seltensten Fällen gewollt sein.³⁰⁴ Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sie an diesem Privileg festhalten wollen, da ansonsten eine Sinnentleerung der Gesellschaftsform Kommanditgesellschaft droht. Eine mittelbare unbeschränkte Kommanditistenhaftung wäre nur bei einer Abbedingung des § 167 III HGB denkbar. Dies kann allerdings bei einem bloßen gesellschaftsvertraglichen Ausschluss vom Verlust nicht angenommen werden.³⁰⁵ Voraussetzung für eine Abweichung von § 167 III HGB ist vielmehr, dass dies im Gesellschaftsvertrag hinreichend klar zum Ausdruck kommt.³⁰⁶

Die Vertragsbestimmung der fehlenden Kapitalbeteiligung ist daher bei Fehlen gegenteiliger Regelungen so auszulegen, dass zwar in der Tat ein Regress- bzw. Freistellungsanspruch existiert, aber eben nur innerhalb der Grenzen des § 167 HGB.³⁰⁷ Die Gesellschafter haben schließlich gerade wegen der beschränkten Kommanditistenhaftung die Gesellschaftsform der Kommanditgesellschaft gewählt, und dieser Parteiwille ist für die Auslegung des KG-Vertrags maßgeblich.³⁰⁸ Die Nichtbeteiligung der GmbH am Verlust besteht daher nur, soweit die Einlagen der Kommanditisten reichen bzw. sie noch nicht geleistet sind. Im Übrigen greift § 167 III HGB.³⁰⁹ Jede ande-

²⁹⁷ Vgl. *Karsten Schmidt*, DB 1995, 1381, 1382.

²⁹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2001, WM 2002, 291 ff.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rn. 25, 27; *Huber*, Vermögensanteil, S. 306 f.

²⁹⁹ *Klamroth*, BB 1972, 428, 429 f.; *Weber/Jansen*, NJW 1971, 1678, 1679. Keinesfalls haltbar ist allerdings die Ansicht von *Buchheister*, BB 1973, 687, 688, der eine unbeschränkte Haftung im Außenverhältnis annimmt und aus diesem Grunde sogar die Eintragungsfähigkeit der Gesellschaft in Frage stellen will. Die Annahme einer Außenhaftung ist fehl am Platz, da selbst bei Abbedingung des § 167 III HGB nur das Innenverhältnis betroffen ist. Diese grundsätzliche Beurteilung ändert sich auch nicht dadurch, dass über eine Pfändung des Anspruchs durch Gläubiger die Innenhaftung gewissermaßen nach außen getragen wird, da dies zu einer Vermengung von Innen- und Außenverhältnis führen würde. Es käme somit lediglich eine mittelbare unbeschränkte Haftung der Kommanditisten in Betracht, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 43; *Karsten Schmidt*, GmbHR 1984, 272, 280. Man kann allenfalls von einer Annäherung an eine Außenhaftung sprechen, *Karsten Schmidt*, DB 1995, 1381, 1383; vgl. auch die folgenden Ausführungen.

³⁰⁰ Vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 53 III.6.

³⁰¹ Auch eine Pfändung des Freistellungsanspruchs ist möglich. Dem steht nicht § 851 I ZPO i.V.m. § 399, Alt. 1 BGB entgegen. Zwar wandelt sich der Anspruch notwendigerweise in einen Zahlungsanspruch um, so dass durchaus eine Veränderung des Anspruchsinhalts erfolgt. Dennoch muss an den Gläubiger eine Abtretung und damit eine Pfändung unter Umwandlung in einen Zahlungsanspruch möglich sein, da an diesen ohnehin im Rahmen der Freistellung hätte gezahlt werden müssen, BGH, Urteil vom 12.3.1993, NJW 1993, 2232, 2233; *Palandt-Heinrichs*, § 399 Rn. 4.

³⁰² *Huber*, Vermögensanteil, S. 307.

³⁰³ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.a).

³⁰⁴ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 505; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.a).

³⁰⁵ *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 43; *Binz*, GmbH & Co., S. 111; *Karsten Schmidt*, DB 1995, 1381, 1383; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.a), § 56 V.2.c).

³⁰⁶ BGH, Urteil vom 27.9.1982, WM 1982, 1311, 1312; Urteil vom 28.11.1994, DB 1995, 419, 420; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 505; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 167 Rn. 19; *Karsten Schmidt*, DB 1995, 1381, 1382; ders., Gesellschaftsrecht, § 53 III.6., § 56 IV.1.a), § 56 V.2.c); ders. GmbHR 1984, 272, 280.

³⁰⁷ *Huber*, Vermögensanteil, S. 308. Es kann somit durch den Ausschluss von der Gewinn- und Verlustbeteiligung allein kein über den ohnehin gesetzlich bestehenden Ausgleichsanspruch (vgl. oben S. 28) hinausgehender Anspruch begründet werden.

³⁰⁸ *Binz*, GmbH & Co., § 7 Rn. 117.

³⁰⁹ *Huber*, Vermögensanteil, S. 308.

re Auslegung würde die entscheidende Differenzierung zwischen interner Verlustverteilungsregelung und einer § 167 HGB abbedingenden Haftungsregelung verkennen. Zudem ist zu beachten, dass die Komplementär-GmbH im Falle der echten GmbH & Co. KG kein Eigenleben außerhalb der KG und damit auch kein Eigeninteresse an einer Freistellung hat. Sie trägt im Verhältnis zu den Kommanditisten das Haftungsrisiko, erhält dafür aber im Gegenzug – wenn auch vorwiegend aus steuerlichen Gründen³¹⁰ – eine Risikoprämie. Kein Beteiligter hat daher ein nennenswertes Interesse an einer Freistellung der Komplementär-GmbH.³¹¹ Rechtsfolge einer Nichtbeteiligung am Verlust ist einzig und allein, dass die Verluste nur den Kommanditisten zuzurechnen sind. Werden deren Kapitalanteile negativ, so führt dies dazu, dass erst dann wieder die Auszahlung eines Gewinns verlangt werden kann, wenn die Verluste durch Verrechnung mit den Gewinnanteilen überkompensiert sind.³¹²

Ein interner Verlustausschluss zieht somit ebenso wenig automatisch einen Haftungsausschluss nach sich, wie die interne vertragliche Verlustverteilung mit der Außenhaftung gleichzusetzen ist. Sind Komplementär und Kommanditist mit je 50 % am Verlust beteiligt, ist dadurch die unbeschränkte Haftung des Komplementärs gegenüber den Gläubigern nicht ausgeschlossen. Zugleich haftet der Kommanditist nur auf seine Einlage beschränkt. Hat er sie erbracht, so kommt auch kein Regress des Komplementärs in Betracht, § 167 III HGB. Insoweit wirkt sich die beschränkte Haftung auch auf das Innenverhältnis aus.³¹³

Eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten mittelbar über die Regresshaftung bzw. ein Freistellungsanspruch lässt sich nur dann nicht vermeiden, wenn sich die Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag dazu verpflichten, die Komplementär-GmbH persönlich freizustellen.³¹⁴

Auf jeden Fall empfiehlt sich schon aus Gründen der Rechtssicherheit eine – nach der hier vertretenen Auffassung allerdings nur deklaratorische – Klarstellung, dass die gesetzlichen Haftungsbeschränkungen unberührt bleiben.³¹⁵

(d) Auswirkungen der fehlenden Kapitalbeteiligung auf die Gesellschafterstellung insgesamt

Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht, wenn zwar der Stimmrechtsausschluss über die fehlende Beteiligung der GmbH am Kapital der KG im Hinblick auf handelsrechtliche Zulässigkeit, Kernbereichslehre und Ergebnisbeteiligung jeweils für sich betrachtet nicht zu beanstanden ist, die Bündelung der Auswirkungen dennoch der hier gewählten Gestaltung entgegensteht. Man könnte argumentieren, dass die Kombination der Auswirkungen der fehlenden Kapitalbeteiligung die Stellung als Gesellschafter zu einer inhaltsleeren Hülse werden lässt.

Der Bundesgerichtshof³¹⁶ hat im Falle eines GmbH-Gesellschafters ausgeführt, dass auch der Ausschluss vom Gewinn- und Stimmrecht am Wesen der Gesellschaft nichts ändere, wenn der Gesellschafter nach wie vor am Liquidationserlös beteiligt bleibt sowie Mitverwaltungsrechte und das Anfechtungsrecht bestehen bleiben. Im Umkehrschluss daraus könnte sich die Unzulässigkeit der vorliegenden Vertragsgestaltung ergeben, weil über die fehlende Kapitalbeteiligung hier auch die Beteiligung am Liquidationserlös ausgeschlossen wäre, da diese gemäß §§ 161 II, 155 I HGB nach dem Verhältnis der Kapitalanteile erfolgt.

Dennoch kann diese Rechtsprechung nicht generell auf den vorliegenden Fall einer Personengesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG übertragen werden. So würde sich zwar im Falle eines Kommanditisten die Frage stellen, was nun seine Mitgliedschaft noch „wert“ ist, wenn mit dem Ausschluss von Stimmrecht, Gewinnberechtigung und Beteiligung am Liquidationserlös nahezu alles fehlt, was die Mitgliedschaft ausmacht. Für den Komplementär greift diese Argumentation allerdings zu kurz, denn ihm bleibt nach wie vor der wichtigste Bestandteil seiner Gesellschafterstellung, die Geschäftsführungsbefugnis, §§ 161 II, 114, 164 HGB. Das Wesen von Gesellschaft und Gesellschafterstellung ist dann nicht berührt.³¹⁷

(e) Ergebnis

Es stehen der Nichtbeteiligung der GmbH am KG-Kapital und dem dadurch bewirkten Stimmrechtsausschluss keine Bedenken entgegen. Diese Konstruktion hält einer Einzelfallbetrachtung von handelsrechtlicher Zulässigkeit, Kernbereichslehre und fehlender Ergebnisbeteiligung stand. Aber auch die Tatsache, dass die fehlende Kapitalbeteiligung verschiedene Bereiche der Gesellschafterstellung gleichzeitig tangiert, berührt weder das Wesen der Gesellschaft noch der Gesellschafterstellung.

4. Klauselformulierung

Es müssten in die Gesellschaftsverträge von GmbH und KG in etwa folgende Klauseln aufgenommen werden:

³¹⁰ Vgl. oben Fn. 263.

³¹¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.a).

³¹² Baumbach/Hopt, HGB, § 167 Rn. 5; Binz, GmbH & Co., § 7 Rn. 116; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 167 Rn. 12; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 167 Rn. 11

³¹³ Binz, GmbH & Co., § 7 Rn. 116; Schilling, in FS Barz, S. 67, 79.

³¹⁴ Binz, GmbH & Co., § 7 Rn. 115; Uhlenbruck, GmbH & Co. KG, S. 659.

³¹⁵ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.a). Vgl. zu einer entsprechenden Vertragsklausel Münchener Handbuch I-Riegger, III.6., § 9 I 2 i.V.m. Anm. 9.

³¹⁶ BGH, Urteil vom 14.7.1954, BGHZ 14, 264, 273.

³¹⁷ Huber, Vermögensanteil, S. 311.

GmbH-Vertrag:

§ 8

Geschäftsführung

- (1) Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz, diesem Gesellschaftsvertrag, sowie den Beschlüssen der Gesellschafter zu führen.
- (2) Die Geschäftsführer bedürfen der vorherigen Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss für³¹⁸
 - a) ...
 - b) alle Geschäfte, welche die Gesellschafter durch Gesellschaftsbeschluss für zustimmungsbedürftig erklären

§ 9

Gesellschafterbeschlüsse

- (1) Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefasst.
- (2) Je 50 € eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme. Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegebene Stimmen.
- (3) Die Gesellschafterversammlung beschließt:
 - a) mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen über:
 - aa) Bestellung, Abberufung und Entlastung der Geschäftsführer;
 - bb) Die Zwangsabtretung des Geschäftsanteils oder Teilen davon gemäß § 16 Absatz 6, wenn die Abtretung an einen Dritten erfolgt;
 - cc) ...
 - dd) ...
 - ee) Beschlüsse die nach dieser Satzung oder, soweit in dieser Satzung keine abweichende Regelung getroffen ist, nach gesetzlichen Bestimmungen einer solchen Mehrheit bedürfen;
 - b) mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen über alle anderen Beschlussgegenstände.

§ 10

Gesellschafterversammlung

- (1) Die Gesellschafterversammlung wird durch die Geschäftsführer einberufen. Jeder Geschäftsführer ist zur Einberufung berechtigt. Die Einberufung erfolgt schriftlich durch eingeschriebenen Brief an die Gesellschafter. Sie muss den Zeitpunkt, den Ort und die Tagesordnung angeben. Zwischen dem Tag der Absendung und dem Tag der Gesellschafterversammlung muss eine Frist von mindestens zwei Wochen liegen...
- (2) Gesellschafterversammlungen finden jeweils grundsätzlich am Sitz der Gesellschaft statt. Sie kann jedoch in Einzelfällen an einem anderen Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland stattfinden.
- (3) Den Vorsitz in der Gesellschafterversammlung führt der Vertreter des Gesellschafters mit der höchsten Kapitalbeteiligung. Bei gleicher Kapitalbeteiligung zweier Gesellschafter alterniert der Vorsitz.
- (4) Jeder Gesellschafter kann sich in der Gesellschafterversammlung durch einen anderen Gesellschafter oder einen zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten, sachverständigen Dritten vertreten lassen...
- (5) Über den Verlauf der Gesellschafterversammlung ist zu Beweiszwecken eine Niederschrift anzufertigen, die vom Vorsitzenden zu unterzeichnen und unverzüglich den Gesellschaftern zu übermitteln ist. In die Niederschrift sind der Ort und der Tag der Versammlung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, alle Anträge und das Ergebnis der Abstimmung sowie die Gesellschafterbeschlüsse aufzunehmen...³¹⁹

KG-Vertrag:

§ 4

Kapital, Einlagen, Haftsummen³²⁰

- (1) Das Festkapital der Gesellschaft beträgt...€
- (2) Die Komplementärin ist die...Sie erbringt keine Einlage und hat keinen Kapitalanteil.
- (3) Kommanditisten sind
 - a) A mit einem festen Kommanditanteil von...€.
 - b) B mit einem festen Kommanditanteil von...€.
 - c) C mit einem festen Kommanditanteil von...€.
 - d) D mit einem festen Kommanditanteil von...€.
- (4) Die jeweilige Kommanditeinlage entspricht der jeweiligen Haftsumme.
- (5) Die Einlagen sind in Geld bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags zu erbringen.

³¹⁸ Für die Komplementär-GmbH sind hier nicht viele Bereiche denkbar, da sie nicht eigenwirtschaftlich tätig ist und nur die Geschäftsführung der KG übernimmt.

³¹⁹ Vgl. im Übrigen Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 64 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 8.

³²⁰ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 6; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 3.

- (6) Jeder Kommanditist soll stets in dem Verhältnis, in dem er am Festkapital der Gesellschaft beteiligt ist, auch am Stammkapital der Komplementärin beteiligt sein. Jeder Kommanditist verpflichtet sich gegenüber der Gesellschaft und gegenüber jedem einzelnen Gesellschafter, alles seinerseits zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des gleichen Beteiligungsverhältnisses Erforderliche zu tun.

§ 8 Geschäftsführung³²¹

- (1) Die Komplementärin ist verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz, diesem Gesellschaftsvertrag, sowie den Beschlüssen der Gesellschafter zu führen.
- (2) Die Komplementärin bedarf zu allen Maßnahmen und Geschäften, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hinausgehen oder mit denen ein außergewöhnliches wirtschaftliches Risiko verbunden ist, der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Das Widerspruchsrecht der Kommanditisten nach § 164 HGB entfällt.³²²
- (3) Zustimmungsbedürftige Geschäfte und Maßnahmen sind insbesondere:
 - a) Beteiligung an anderen Unternehmen
 - b) Errichtung und Auflösung von Zweigniederlassungen, Rechtsgeschäfte über den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken
 - c) Gewährung von Sicherheiten, insbesondere die Übernahme von Bürgschaften, Schuldversprechen und ähnlichen Haftungen, soweit diese nicht mit dem laufenden Geschäftsverkehr zusammenhängen
 - d) Aufnahme von Krediten außerhalb des normalen Geschäftsverkehrs
 - e) Erteilung oder Widerruf von Prokuren oder Handlungsvollmachten für den gesamten Geschäftsbetrieb, Abschluss, Änderung oder Beendigung von Dienstverträgen mit Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb oder Angestellten in vergleichbaren Rechtspositionen
 - f) ...
 - g) ...

§ 10 Gesellschafterbeschlüsse³²³

- (1) Die Willensbildung der Gesellschafter geschieht durch Gesellschafterbeschluss. Die Gesellschafter können in allen Angelegenheiten der Gesellschaft Beschlüsse fassen.
- (2) Je 50 € eines Gesellschaftsanteils gewähren eine Stimme. Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegebene Stimmen. Der Komplementär-GmbH steht kein Stimmrecht zu.
- (3) Gesellschafterbeschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit der Vertrag oder das Gesetz nicht eine andere Mehrheit zwingend vorschreibt.
- (4) Die Gesellschafterversammlung beschließt mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen über:
 - a) Änderungen des Gesellschaftsvertrags, insbesondere Änderungen der Gesellschaftsform, der Firma, des Sitzes, des Unternehmensgegenstandes sowie der Geschäftsführung und Vertretung;
 - b) Aufnahme von neuen Gesellschaftern;
 - c) Erhöhung oder Herabsetzung des Festkapitals, wobei überstimmte Gesellschafter nicht zu einer Erhöhung ihrer Kapitaleinlage verpflichtet werden können;
 - d) Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis;
 - e) Die Zwangsabtretung des Gesellschaftsanteils oder Teilen davon gemäß § 16 Absatz 5, wenn die Abtretung an einen Dritten erfolgt;
 - f) Auflösung der Gesellschaft;
 - g) ...
 - h) ...
- (5) Ergänzend wird auf die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags der Komplementär-GmbH sowie auf das GmbH-Recht hingewiesen.

§ 11 Gesellschafterversammlung³²⁴

- (1) Die Gesellschafterversammlung wird von der Komplementärin einberufen. Jeder Geschäftsführer der Komplementärin ist zur Einberufung berechtigt. Die Einberufung erfolgt schriftlich durch eingeschriebenen Brief an die Gesellschafter. Sie muss den Zeitpunkt, den Ort und die Tagesordnung angeben. Zwischen dem Tag der Absendung und dem Tag der Gesellschafterversammlung muss eine Frist von mindestens zwei Wochen liegen...

³²¹ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 12; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 6 (für Beirat).

³²² Sudhoff-Breitfeld, GmbH & Co. KG, § 15 Rn. 14.

³²³ Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 13.

³²⁴ Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 14; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 10.

- (2) *Gesellschafter, die allein oder zusammen über mindestens 10 % der Stimmrechte aller Gesellschafter verfügen, sind berechtigt, unter Angabe der Gründe und der Gegenstände der Tagesordnung die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen...*
- (3) *Gesellschafterversammlungen finden jeweils grundsätzlich am Sitz der Gesellschaft statt. Sie kann jedoch in Einzelfällen an einem anderen Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland stattfinden.*
- (4) *Den Vorsitz in der Gesellschafterversammlung führt der Vertreter des Gesellschafters mit der höchsten Kapitalbeteiligung. Bei gleicher Kapitalbeteiligung zweier Gesellschafter alterniert der Vorsitz.*
- (5) *Jeder Gesellschafter kann sich in der Gesellschafterversammlung durch einen anderen Gesellschafter oder einen zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten, sachverständigen Dritten vertreten lassen...*
- (6) *Über den Verlauf der Gesellschafterversammlung ist zu Beweis Zwecken eine Niederschrift anzufertigen, die vom Vorsitzenden zu unterzeichnen und unverzüglich den Gesellschaftern zu übermitteln ist. In die Niederschrift sind der Ort und der Tag der Versammlung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, alle Anträge und das Ergebnis der Abstimmung sowie die Gesellschafterbeschlüsse aufzunehmen...*³²⁵

II. GEWINNBEZUGSRECHT UND KAPITALERHÖHUNG

1. Gewinnbezugsrecht

Auch in Bezug auf Entnahme und Auszahlung des Gewinns besteht Harmonisierungsbedarf. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Grundlagen für Gewinnansprüche in beiden Gesellschaften voneinander abweichen. Der Schwerpunkt ist dabei auf die Vertragsgestaltung in der KG zu legen, weil die GmbH am Gesellschaftsvermögen der KG nicht beteiligt ist. Deshalb steht ihr auch kein Gewinnanspruch zu und wird ihr nur aus überwiegend steuerlichen Gründen ein Haftungsausgleich für die Übernahme der persönlichen Haftung zuteil.³²⁶ Zudem ist bei der echten GmbH & Co. KG eine eigenwirtschaftliche Betätigung der GmbH nicht gegeben, ihr Gesellschaftszweck vielmehr auf die Übernahme der persönlichen Haftung in der KG beschränkt.³²⁷ Die Ergebnisverwertung innerhalb der GmbH kann daher vernachlässigt bzw. die gesetzliche Regelung beibehalten werden.³²⁸

a) Grundsätzliche Regelung

In der Personengesellschaft wird der Gewinn mit dem Zeitpunkt der Entstehung gesamthänderisch gebundenes Vermögen der Gesellschafter.³²⁹ Anders als bei der GmbH als Kapitalgesellschaft hängt die Entstehung des Gewinnanspruchs also nicht erst von einem Ausschüttungsbeschluss der Gesellschafterversammlung nach Feststellung des Jahresabschlusses ab, §§ 29 I, 42 a iVm. § 46 Nr. 1 GmbHG.³³⁰ Den Gesellschaftern der GmbH steht kein gesichertes Gewinnbezugsrecht zu, da durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit eine andere Ergebnisverwendung festgelegt werden kann.³³¹

Die Kommanditisten haben dagegen bei Beibehaltung der gesetzlichen Lage einen Anspruch auf „Entnahme“ des vollen Jahresüberschusses gemäß § 169 I 2 BGB.³³² Es handelt sich dabei nicht um das Entnahmerecht im engeren Sinne, also die Möglichkeit des Zugriffs auf die Gesellschaftskasse, da dieses nur dem Komplementär zusteht. Die Kommanditisten sind auf die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs gegen die Gesellschaft beschränkt, der notfalls der gerichtlichen Geltendmachung bedarf.³³³

Dieses Recht besteht sogar dann, wenn die Einlage noch nicht bzw. noch nicht vollständig geleistet ist. Zwar macht § 169 I 2 2. HS BGB eine Einschränkung. Doch steht diese nach dem klaren Wortlaut einem Entnahmerecht auch bei noch ausstehender Einlage nicht entgegen, denn Sinn und Zweck dieser Einschränkung ist es nicht, eine Sicherung der Leistung noch ausstehender Einlagen zu erreichen. Er liegt vielmehr darin, für die Kom-

³²⁵ Vgl. im Übrigen Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 14.

³²⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: 1.3.c)cc(2)(c), S. 27 sowie Fn. 263.

³²⁷ Vgl. oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5.

³²⁸ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 97.

³²⁹ Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 32.

³³⁰ Aus § 29 I GmbHG folgt kein Zahlungsanspruch gegen die GmbH, da zuvor eben ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. § 29 I GmbHG gewährt den Gesellschaftern daher nur ein generelles Recht auf Gewinnausschüttung nach Maßgabe des Jahresabschlusses. Der einzelne Anspruch entsteht mit Ablauf des Geschäftsjahres, nach Aufstellung eines ordnungsgemäßen Jahresabschlusses und dessen Feststellung mit dem jeweiligen Gewinnverwendungsbeschluss aus dem durch § 29 I GmbHG gewährten „Gewinnstammrecht“. Es besteht aber ein Anspruch eines jeden Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Fassung eines solchen Gewinnverwendungsbeschlusses, da der Gesellschafter nur so seinen Zahlungsanspruch beziffern kann, h. M., BGH, Urteil vom 14.9.1998, GmbHR 1998, 1177, 1178; Scholz-Emmerich, § 29 Rn. 25, 32 ff.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2.F. Rn. 156; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 29 Rn. 40, 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, GmbHG, § 46 Rn. 8; Michalski-Salje, § 29 Rn. 23, 110 f.; a. A. Hommelhoff, in: FS Rowedder, S. 171, 186, der davon ausgeht, dass der Auszahlungsanspruch bereits mit der Feststellung des Jahresabschlusses entsteht, aber erst mit dem Verwendungsbeschluss durchsetzbar wird.

³³¹ Michalski-Salje, § 29 Rn. 40.

³³² Der Anspruch entsteht mit der Feststellung der Bilanz nach Abschluss des Geschäftsjahres, Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 28; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 3 ff.

³³³ Baumbach/Hopt, HGB, § 169 Rn. 2; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, § 169 Rn. 12; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 18; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 4; Westermann, Personengesellschaftsrecht Rn. I 897.

pensation eines tatsächlich geleisteten, dann aber durch Verlust geminderten Einlagebeitrags zu sorgen,³³⁴ bzw. eine Minderung des eingezahlten Betrags durch Auszahlung zu verhindern.³³⁵ Der Kommanditist kann nach h. M. grundsätzlich sogar dann vollständige Auszahlung verlangen, wenn dies zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Für diesen Fall wäre das Entnahmerecht des Komplementärs ausgeschlossen, §§ 161 II, 122 I HGB. Für den Kommanditisten greift dagegen § 169 I 1 HGB, wonach § 122 HGB auf den Kommanditisten keine Anwendung findet.³³⁶ Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass sein Kapitalanteil noch nicht durch Verluste negativ geworden ist, da sonst § 169 I 2 2. HS HGB entgegensteht. Vom eigentlichen Wortlaut her ist dieser Fall der noch nicht erfolgten Einlageleistung zwar nicht erfasst. § 169 I 2 2. HS HGB muss allerdings so gelesen werden, dass er auch eine Einlageleistung in Nullhöhe erfasst. Denn selbst wenn die Einlage später erbracht werden sollte, wird aufgrund des Verlustes dennoch nicht der volle Kapitalanteil erreicht, was einer Gewinnauszahlung entgegensteht.³³⁷ Da diese gesetzliche Situation ungeahnte Auswirkungen auf die finanzielle Situation der Gesellschaft hat, kann der Anspruch allerdings nicht unbeschränkt bestehen.

b) Einschränkung durch die gesellschaftliche Treuepflicht

Die unterschiedliche Behandlung von Kommanditist und Komplementär ließe sich zwar prinzipiell damit begründen, dass Letzterer wegen seiner unbeschränkten Haftung und der Beteiligung an der unternehmerischen Leitung grundsätzlich viel näher am Unternehmen steht als der nur kapitalistisch beteiligte Kommanditist.³³⁸ Dieses Argument trifft allerdings bei der echten GmbH & Co. KG nicht zu, da diese sich im Vergleich zur „normalen“ GmbH & Co. KG gerade durch einen Machtzuwachs zugunsten der Kommanditisten und zulasten der Komplementär-GmbH auszeichnet. Deshalb ist eine Einschränkung hinsichtlich des Auszahlungsanspruchs der Kommanditisten durch die gesellschaftliche Treuepflicht geboten.³³⁹

Strittig ist allerdings, in welchem Umfang eine Einschränkung geboten ist. Die Problematik dreht sich um die Frage, inwieweit die einschränkenden Voraussetzungen des § 122 I HGB für die Beurteilung herangezogen werden können. Dies ist deshalb nicht ohne weiteres möglich, weil diese Bestimmung gerade auf den Kommanditisten über § 169 I 1 HGB keine Anwendung findet. So wird aus diesem Grund teilweise dafür plädiert, an die Annahme eines treuwidrigen Verhaltens seien strengere Anforderungen zu stellen als an das Entnahmerecht des Komplementärs in §§ 122 I, 161 II HGB, weil eben § 122 I HGB ausgeschlossen ist.³⁴⁰

Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Letztendlich dürfen an ein treuwidriges Verhalten nicht von vornherein strengere Anforderungen gestellt werden, als § 122 I HGB für den Komplementär vorsieht. Grund hierfür ist, dass

³³⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 169 Rn. 4; *MünchHandbuchKG-von Falkenhausen*, § 22 Rn. 41; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 169 Rn. 6, 7; *Heymann-Horn*, HGB, § 169 Rn. 6; *Sudhoff-Ihrig*, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 23, 25; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 169 Rn. 8; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 169 Rn. 11. Eine noch ausstehende Einlage ist aber nicht ganz ohne Wirkung. Sie kann sich nach allgemeinen Regeln auswirken. Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, bei Fälligkeit der Einlage gegen den Auszahlungsanspruch aufzurechnen bzw. bei Sacheinlagen, sich auf das Zurückhaltungsrecht nach § 273 BGB zu berufen, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 169 Rn. 4; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 169 Rn. 8; *Sudhoff-Ihrig*, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 25; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 169 Rn. 8; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 169 Rn. 5; a. A. *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 169 Rn. 12. Zudem besteht unter den Voraussetzungen des § 172 IV 2 HGB zugunsten der Gläubiger eine Rückzahlungsverpflichtung, falls keine Aufrechnung durch die Gesellschaft erfolgt, *MünchHandbuchKG-von Falkenhausen*, § 22 Rn. 41; *Sudhoff-Ihrig*, GmbH & Co. KG Rn. 25, Fn. 39; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 169 Rn. 6. Es gilt darüber hinaus eine Besonderheit zu beachten, die sich aus der besonderen Konstellation einer KG ergibt, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Deckt nämlich das Vermögen der KG nicht mehr die Schulden, so muss die GmbH mangels Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs aus § 110 HGB [vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c)cc)(2)(c)(bb)] die ungedeckte Verbindlichkeit der KG als eigene passivieren oder eine entsprechende Rückstellung bilden, was zu Lasten des Stammkapitals gehen kann, wenn keine Deckung durch eigenes Vermögen der GmbH gegeben ist. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass eine Auszahlung an den Kommanditisten, der zugleich der GmbH angehört, aus dem Vermögen der KG gegen § 30 I GmbHG verstößt, wenn dadurch mittelbar das Vermögen der GmbH unter den Nennwert des Stammkapitals herabsinkt, BGH, Urteil vom 29.3.1973, BGHZ 60, 324, 328 f.; Urteil vom 27.9.1976, BGHZ 67, 171, 174; Urteil vom 29.9.1977, BGHZ 69, 274, 279; Urteil vom 24.3.1980, BGHZ 76, 326, 336; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 169 Rn. 2 i.V.m. § 172 a Rn. 17; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, §§ 171, 172 Rn. 132; vgl. genauer hierzu unten 2. Kapitel: V.1.c)dd)(1), S. 149.

³³⁵ Vgl. auch Wortlaut § 169 I 2, 2. HS. HGB

³³⁶ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 169 Rn. 3; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 169 Rn. 10; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 169 Rn. 11; a. A. *Barella*, DB 1952, 365, 365 f., der davon ausgeht, dass § 169 I 1 HGB einschränkend auszulegen ist mit der Folge, dass lediglich der Anspruch auf die Vordividende ausgeschlossen werden soll. Es sei kein Grund ersichtlich, warum einem Kommanditisten, der nicht einmal die Einlage geleistet hat, weitergehende Rechte als dem Komplementär zustehen sollten. § 122 HGB enthalte einen allgemeinen, auch für den Kommanditisten geltenden Rechtsgedanken. Diese Auffassung ist jedoch wegen des klaren Wortlauts nicht haltbar und wird heute zugunsten einer Beschränkung durch die gesellschaftliche Treuepflicht nicht mehr vertreten, vgl. auch RG, Urteil vom 7.2.1928, RGZ 120, 135, 141.

³³⁷ *MünchHandbuchKG-von Falkenhausen*, § 22 Rn. 40; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 169 Rn. 7, 9; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 169 Rn. 7.

³³⁸ *GroßkommentarHGB-Schilling*, 3. Auflage, § 169, Anm. 5.

³³⁹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 169 Rn. 3; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 169 Rn. 10; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 96; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 169 Rn. 4. Die Treuepflicht kann allerdings umgekehrt auch zur Auszahlung höherer Beträge als der gesetzlichen führen, wenn die Voraussetzung eines dringenden Entnahmebedarfs gegeben ist und, sofern dies ohne Schädigung der Gesellschaft möglich ist, *MünchHandbuchKG-von Falkenhausen*, § 22 Rn. 11; *Sudhoff-Ihrig*, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 26, vgl. unten 2. Kapitel: II.1.c)aa)(3)(b), S. 38.

³⁴⁰ *Westermann*, Personengesellschaftsrecht Rn. I 898. *Westermann* beruft sich unter anderem auf *Düringer/Hachenburg-Flechtheim*, § 169, Anm. 2. Dies kann allerdings nicht als Unterstützung der von *Westermann* vertretenen Auffassung herangezogen werden. In Anm. 2 findet sich lediglich die Aussage, dass eine Auszahlung auch dann erfolgen kann, wenn es der Gesellschaft zum Schaden gereicht, sprich, dass § 122 HGB nicht anwendbar ist. In Anm. 3 wird dies noch deutlicher zum Ausdruck gebracht und vor allem hervorgehoben, dass § 122 HGB einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, der auch für den Kommanditisten greift, obwohl § 122 HGB durch § 169 HGB ausgeschlossen ist.

ansonsten die gesellschaftsrechtliche Treueverpflichtung untergraben würde. Sie stellt aber gerade im Personen- gesellschaftsrecht eine der zentralen Verhaltensmaximen dar. Es darf aus der grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit des § 122 I HGB über § 169 I 1 HGB nicht der Umkehrschluss gezogen werden, der Gesellschafter müsse sich bei Geltendmachung des Auszahlungsanspruchs weniger bzw. überhaupt nicht im Einklang mit den Interessen der Gesellschaft bzw. der übrigen Gesellschafter befinden.³⁴¹

Zu weitgehend ist allerdings die Ansicht, die in der Treuepflicht ein dem § 122 I HGB entsprechendes Auszahlungshindernis sieht. So wird vertreten, § 122 I HGB sei gerade als Kodifizierung der ungeschriebenen Treueverpflichtung anzusehen und daher in gleicher Weise auch auf den Gewinnauszahlungsanspruch des Kommanditisten anzuwenden.³⁴² Dies wird dadurch untermauert, dass § 122 HGB auch nicht gänzlich ausgeschlossen ist, sondern nur dessen Absatz 1. Der in Absatz 2 enthaltene Einwilligungsvorbehalt bleibt dagegen anwendbar, da dieser eine Ausprägung der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens ist. Dieser Grundsatz der Kapitalerhaltung gilt daher auch bei Kommanditgesellschaften und zwar für alle Gesellschafter, somit auch für die Kommanditisten.³⁴³

Auch, wenn dem Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 122 II HGB beizupflichten ist,³⁴⁴ steht diese Auffassung im klaren Widerspruch zum Gesetz. Es ist vielmehr wegen der Unanwendbarkeit des § 122 I eine Abwägung zwischen den Belangen der Gesellschaft und denen der Kommanditisten vorzunehmen. Allein dies trägt dem allgemein anerkannten Verständnis des Treuegebots Rechnung.³⁴⁵ Die Abwägung kann ergeben, dass die Auszahlung nur teilweise zu erfolgen hat oder auf bestimmte Zeit gestundet wird, im Extremfall aber auch, dass eine Auszahlung ganz zu unterbleiben hat.³⁴⁶ Es sind dabei gerade im Zusammenhang mit Fragen der Gewinnverwendung die Eigeninteressen nicht notwendig nachrangig zu gewichten, sondern können sich mit dem Gesamtinteresse die Waage halten.³⁴⁷

c) Einschränkungen durch den Gesellschaftsvertrag³⁴⁸

Wenn auch die Kommanditisten durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in der Ausübung ihres Anspruchs auf Gewinnauszahlung beschränkt sind, so zeigt gerade der obige Streit um die Reichweite der Treuepflicht bzw. die Anforderungen an eine Verletzung der Treuepflicht, dass dennoch erhebliche Unsicherheiten bestehen. Die Gefahren, die mit einer Auszahlung für die finanzielle Situation der Gesellschaft verbunden sind, werden dadurch erhöht, dass vielfach Streit erst dann entstehen wird, wenn eine Zahlung bereits erfolgt ist und sich die Frage nach einer Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht stellt. Die erforderliche Sicherheit, insbesondere auch für die Existenzgrundlage der Gesellschaft, kann nur dann gewährleistet werden, wenn der Gesellschaftsvertrag der Problematik schon präventiv entgegenwirkt, indem bereits im Vorfeld einer etwaigen Auszahlung eine Berücksichtigung der finanziellen Situation der Gesellschaft hinreichend gesichert ist.

Bei den Personengesellschaften geht es, anders als bei der GmbH, nicht darum, über einen Gesellschafterbeschluss den jeweiligen Gewinnanspruch auszulösen. Aufgabe für den Kautelarjuristen ist es vielmehr, einen Weg zu finden, um den bereits bestehenden Gewinnanspruch zu beschränken bzw. auszuschließen.³⁴⁹ Erforderlich ist eine Regelung, die einen Ausgleich schafft zwischen dem Gewinnanspruch der Kommanditisten und der Notwendigkeit, die Eigenkapitalbildung und damit die unternehmerischen Aktivitäten zu fördern.³⁵⁰ Denn das Kapitalbedürfnis wird durch das Gesetz nur unzureichend berücksichtigt, weil es grundsätzlich von der Entnahme und Auszahlung des gesamten Gewinns ausgeht. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass der gesetzlichen Regelung der Gedanke der tätigen Mitunternehmerschaft zugrunde liegt, deren Sinn und Zweck in der Sicherung des Lebensunterhalts der Gesellschafter liegt.³⁵¹ Der Inhalt der vertraglichen Regelung darf sich dabei nicht nur darauf beschränken, überhaupt eine Begrenzung vorzusehen, sondern muss vielmehr darüber hinaus auch klarstellen, wie die von der Auszahlung ausgenommenen Beträge zu behandeln sind. Nur so kann ausreichende Rechtsklarheit geschaffen werden.³⁵² Es muss folglich in gesellschaftsvertraglicher Hinsicht differenziert werden zwischen der Einschränkung der Entnahmemöglichkeit einerseits und der Behandlung der ausgenommenen Beträge.

³⁴¹ Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 11.

³⁴² Baumbach/Hopt, HGB, § 169 Rn. 3; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 11; vgl. auch Heymann-Horn, HGB, § 169 Rn. 6, der von einer analogen Anwendung des § 122 I HGB ausgeht.

³⁴³ Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 11.

³⁴⁴ Vgl. GroßkommentarHGB-Schilling, § 169 Rn. 1.

³⁴⁵ Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 169 Rn. 10; GroßkommentarHGB-Schilling, § 169 Rn. 4 i.V.m. § 163 Rn. 26; in diesem Sinne wohl auch Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 14.

³⁴⁶ GroßkommentarHGB-Schilling, § 169 Rn. 4.

³⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 948, 949 mit Anmerkung Ulmer.

³⁴⁸ Vgl. ausführlich hierzu Barz, in FS Knur, S. 25, 28 ff.

³⁴⁹ Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 32.

³⁵⁰ Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 21.

³⁵¹ Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 19; Westermann, Personengesellschaftsrecht Rn. I 901.

³⁵² Barz, in FS Knur, S. 25, 38; Huber, Vermögensanteil, S. 251 f., der die Schwierigkeiten aufzeigt, die sich ohne Regelung stellen.

aa) Regelung der Entnahmebeschränkung

Es sind mehrere vertragliche Entnahmebeschränkungen möglich,³⁵³ von denen es gilt, die beste Variante herauszufiltern: Bei erster grober Betrachtung gibt es zwei Alternativen als Extrempositionen, die entweder auf den Schutz des Gewinnanspruchs der Gesellschafter bedacht sind oder die Kapitalsicherung der Gesellschaft im Auge haben. Stellt man auf letzteren Aspekt ab, so dürfte man die Entscheidung, ob sich die Kommanditisten den Gewinn auszahlen lassen, nicht dem jeweiligen anspruchstellenden Kommanditisten überlassen. In Betracht käme ein Zustimmungsvorbehalt des persönlich haftenden Gesellschafters oder ein Überlassen der Entscheidung der Gesellschafterversammlung, an der dann auch die Kommanditisten mitwirken würden. Dem Gesellschafterinteresse wäre dagegen gedient, wenn bereits im Gesellschaftsvertrag eine konkrete Gewinnverwendungsregelung getroffen würde.³⁵⁴ Letztendlich wäre auch noch an eine dritte Variante zu denken. Man könnte die Entscheidung der Gewinnauszahlung von den Bedürfnissen der Gesellschafter abhängig machen. Ob diese eine Ausschüttung rechtfertigen, obliegt allerdings – es sei denn, die Bestimmung wurde dem entnehmenden Gesellschafter oder der Gesellschaft, vertreten durch ihren Geschäftsführer, überlassen – weder der Beurteilung des jeweiligen Gesellschafters noch der Mitgesellschafter, weil § 315 BGB nicht gilt.³⁵⁵ Der für die Deckung der Bedürfnisse erforderliche Betrag wäre unter Berücksichtigung der Gesellschafterinteressen vom Gericht zu ermitteln.³⁵⁶ Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass insbesondere die Kommanditisten, denen in der hier besprochenen Variante der GmbH & Co. KG besonders an der Leitungsmacht gelegen ist, die Entscheidung einem Dritten überlassen wollen.

Ein sachgerechter Ausgleich kann wohl nur durch eine Kombination der beiden erstgenannten Alternativen gefunden werden. Es bietet sich somit an, im Gesellschaftsvertrag sowohl einen bestimmten Teil des Gewinns als Mindestgewinn für die Auszahlung vorzusehen, als auch die Auszahlung eines darüberhinausgehenden Betrags zustimmungsabhängig zu gestalten.³⁵⁷

Auf diese Art und Weise wird zugunsten der Gesellschafter ein gänzlicher Ausschluss vom Gewinnrecht vereitelt. Vor allem aber kann über das Erfordernis einer Zustimmung die konkrete finanzielle Situation der Gesellschaft mit einbezogen werden.³⁵⁸ Eine Kombination beider Gesichtspunkte ermöglicht eine flexible Ausrichtung der gesellschaftlichen Gewinninteressen am Bedarf der Gesellschaft an Eigenkapital und ist somit einer starren Verteilungsregelung vorzuziehen. Die Schwierigkeit besteht nun darin, diese Regelung im Detail auszuarbeiten.

(1) Regelung einer Mindestgewinnausschüttung

Es besteht zum einen die Möglichkeit, den auszuschüttenden Gewinn in festen Beträgen³⁵⁹ anzugeben oder eine bestimmte Quote des auf den jeweiligen Kommanditisten entfallenden Gewinnanteils entsprechend der Regelung in § 122 I HGB festzulegen.³⁶⁰ Der Vorteil der Quotenregelung besteht darin, dass damit automatisch der Ausschüttungsbetrag beweglich auf die jeweilige Gewinnsituation der Gesellschaft zugeschnitten ist. Ein dynamisierendes Element, wie es bei der Vereinbarung fester Beträge üblich ist, braucht dann nicht aufgenommen zu werden.³⁶¹ Fraglich ist die Höhe dieses Mindestgewinns. Die Größenordnung kann nicht pauschal festgelegt werden, da verschiedene Faktoren zu berücksichtigen sind, insbesondere die Höhe des üblichen Gewinns und die Interessen der Gesellschafter. Zu denken ist an Quoten von 10 bis maximal 25 %.³⁶²

Zu beachten ist allerdings dass die Höhe der Quoten auch davon abhängt, inwieweit den Gesellschaftern neben diesem Gewinnanspruch ein Steuerentnahmerecht zugebilligt wird. Da die Gesellschafter nach dem geltenden Steuerrecht (§ 15 EStG) mit ihrem Anteil am Gewinn und nicht bloß mit dem auf sie fallenden Ausschüttungsbetrag besteuert werden,³⁶³ wird ihnen regelmäßig ein gesondertes Steuerentnahmerecht zugebilligt. Die Beglei-

³⁵³ Vgl. nur Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 20 ff.; GroßkommentarHGB-Schilling, § 169 Rn. 8.

³⁵⁴ Barz, in FS Knur, S. 25, 35 ff.

³⁵⁵ Vgl. unten 2. Kapitel: II.1.c)aa)(3)(a), S. 38.

³⁵⁶ Baumbach/Hopt, HGB, § 169 Rn. 8 i.V.m. § 122 Rn. 16; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, S. 461; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 32 sieht auch die Möglichkeit einer Koppelung des auszuschüttenden Betrags an die Bedürfnisse der Gesellschaft.

³⁵⁷ Barz, in FS Knur, S. 25, 37.

³⁵⁸ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 169 Rn. 18 i.V.m. § 122 Rn. 17; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22.

³⁵⁹ Grundsätzlich setzt dies natürlich voraus, dass überhaupt ein Gewinn zumindest in der vereinbarten Höhe entstanden ist. Soll der Kommanditist allerdings auch dann den Betrag erhalten, wenn kein Gewinn erzielt wurde bzw. der errechnete Gewinnanteil des jeweiligen Kommanditisten nicht in der bedungenen Höhe ausfällt, so kann dies allerdings vereinbart werden. Wenn ein bestimmter Betrag garantiert ist, so ist dies im Zweifel auch vereinbart. Es wird dann grundsätzlich vermutet, dass die Regelung des § 169 I 2 HGB nicht greift, weil deren Grundsätze jedenfalls unmittelbar nur für den gesetzlichen Gewinnanspruch der §§ 167, 168 HGB gelten. Etwas anderes gilt nur bei ausdrücklicher Vereinbarung. Die Vermutung geht allerdings nicht so weit, dass dieser Garantiebetrags auch dann noch beansprucht werden kann, wenn die Kapitalkonten erschöpft sind. Die Garantiezahlungen werden dann nur fortgesetzt, wenn dies ausdrücklich vertraglich verankert ist. Bei Verlusten über einen längeren Zeitraum kann sich aus der Treuepflicht eine Einschränkung bzw. ein zeitweiliges Aussetzen der Zahlung ergeben, vgl. BGH, Urteil vom 27.1.1975, WM 1975, 662; Urteil vom 5.4.1979, WM 1979, 803, 804; Baumbach/Hopt, HGB, § 169 Rn. 4; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 54; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 32; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 23.

³⁶⁰ Barz, in FS Knur, S. 25, 37; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 53; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 32.

³⁶¹ Vgl. im einzelnen Barz, in FS Knur, S. 25, 37.

³⁶² Barz, in FS Knur, S. 25, 37.

³⁶³ Bis zum 31.12.1996 unterlag sie zudem der Vermögenssteuer für ihre Beteiligung auch ohne Gewinn; vgl. hierzu ausführlich oben 1. Kapitel: III.2, S. 4.

chung der Steuerlast aus Privatvermögen wird als nicht zu rechtfertigende Sonderbelastung gesehen.³⁶⁴ Aufgrund der Tatsache, dass der Anspruch auf Auszahlung erst mit Feststellung der Bilanz entsteht,³⁶⁵ jedoch schon zeitlich vorher Steuervorauszahlungen fällig werden, wird den Gesellschaftern üblicherweise das Recht eingeräumt, schon vor Feststellung der Bilanz die für die Steuervorauszahlung notwendigen Beträge zu entnehmen.³⁶⁶ Die obigen Prozentsätze sind daher nicht mehr mit Steuern belastet.

Wenn aufgrund der Beschlussfassung nicht der gesamte Gewinn ausgeschüttet wird, so hat dies jedenfalls zur Folge, dass der Auszahlungsanspruch bei Feststellung der Bilanz des jeweils folgenden Geschäftsjahres verfällt. Dies liegt daran, dass es vorliegend um ein vertragliches Gewinnrecht geht. Es besteht ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft, sich auf den Bestand des ihr zur Verfügung stehenden Kapitals verlassen zu können, so dass sie jedenfalls nach Feststellung des nächsten Jahresabschlusses nicht mehr mit einer Auszahlung früher ausgewiesener Gewinne rechnen muss.³⁶⁷

(2) Behandlung des über den Mindestbetrag hinausgehenden Gewinns

Interessengerecht ist eine Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung, letztlich also durch Mehrheitsbeschluss der allein stimmberechtigten Kommanditisten, da bei diesen auch die Leitungsmacht innerhalb der hier diskutierten Variante der echten GmbH & Co. KG liegt. Zudem sind nur die Kommanditisten am Gewinn beteiligt, so dass es auch gerechtfertigt ist, wenn sie entscheiden. Auf diese Weise wird letztendlich hinsichtlich des über die Mindestausschüttung hinausgehenden Betrags eine Angleichung an die Rechtslage in der GmbH geschaffen.³⁶⁸

Es bleibt nur noch zu klären, welche Mehrheit für die Beschlussfassung erforderlich sein soll. Ohne Regelung würde eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen wegen der Angleichung an die Rechtslage der GmbH, insbesondere § 47 I GmbHG, ausreichen.³⁶⁹ Aufgrund der Bedeutung unter anderem für die Kapitalsicherung der Gesellschaft, sollte allerdings eine Mehrheit von Drei-Vierteln vereinbart werden.³⁷⁰

(3) Schranken der gesellschaftsvertraglichen Entnahmebeschränkung

Der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter sind jedoch im Hinblick auf den Gewinnanspruch Schranken zu setzen, insbesondere wegen des notwendigen umfassenden Minderheitenschutzes. So birgt die Möglichkeit der Fassung von Beschlüssen mit der Mehrheit der Stimmberechtigten die Gefahr, dass die Gesellschaftermehrheit,

³⁶⁴ Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 33.

³⁶⁵ Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 28.

³⁶⁶ Barz, in FS Knur, S. 25, 28; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 60; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 33; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 24; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 25. Die Steuerentnahmebefugnis deckt dabei nicht nur die Vorauszahlungen, sondern auch etwaige Nachforderungen, die sich aufgrund der tatsächlich geschuldeten Steuer ergeben, Barz, in FS Knur, S. 25, 33. Eine entsprechende Regelung ist erforderlich, da das Gesetz kein Steuerentnahmerecht neben § 122 HGB kennt, vgl. BGH, Urteil vom 29.3.1996, BGHZ 132, 263, 277: Der BGH lässt zwar offen, ob auch ohne Regelung im Gesellschaftsvertrag ein solches Recht besteht; dies sei Frage des Einzelfalls und dem Tatrichter überlassen. Das Gebot des sichersten Weges macht jedoch für den Kautelarjuristen eine ausdrückliche Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag unumgänglich. Aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht müssen auch ohne vertragliche Regelung die Vorauszahlungen möglichst niedrig gehalten und die Möglichkeit einer Herabsetzung in Anspruch genommen werden, MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 60.

Es besteht zwar auch die Möglichkeit, von der Möglichkeit des Steuerentnahmerechts gänzlich abzusehen, man muss dann aber den Mindestgewinn entsprechend erhöhen, weil die für die Steuer zu entrichtenden Beträge noch hinzukommen. Bei dieser Gestaltung wird allerdings eine zusätzliche Regelung erforderlich, die Vorschüsse auf die für die künftigen Geschäftsjahre fällig werdenden Ausschüttungsbeträge gewährt, um von Anfang an auch die Steuern entrichten zu können, Barz, in FS Knur, S. 25, 37.

Vgl. ausführlich zur Problematik des Steuerentnahmerechts und der hierfür maßgeblichen Vertragsgestaltungen: Barz, in FS Knur, S. 25, 28 ff.; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 59 ff.

³⁶⁷ BGH, Urteil vom 3.11.1975 (für OHG), DB 1976, 42 f. für den Fall, dass die Gesellschafter aus den ihnen zustehenden Gewinnanteilen jährlich nur 20 % entnehmen durften; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 29. Für den gesetzlichen Auszahlungsanspruch ist die Rechtslage umstritten: zwar kann nach § 122 I HGB nur die Auszahlung des Gewinns des letzten Jahres verlangt werden und eben nur bis zur Bilanzfeststellung des nächsten Geschäftsjahres, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 122 Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost-Ehrlicke, HGB, § 122 Rn. 7; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 122 Rn. 2; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 28; Schlegelberger-Martens, HGB, § 122 Rn. 6; GroßkommentarHGB-Schilling, § 169 Rn. 1. Doch findet diese Bestimmung auf den Kommanditisten nach § 169 I 1 HGB keine Anwendung. Fraglich ist, was dann gelten soll: So wird zum Teil vertreten, § 122 I HGB sei sinngemäß anwendbar, da auch der einem Kommanditisten zukommende Gewinnanteil dem Kapitalkonto zugeschrieben wird mit der Begrenzung des § 167 II HGB, vgl. Westermann, Personengesellschaftsrecht Rn. I 898. Überwiegend geht man jedoch davon aus, dass dies nur dann gilt, wenn die Pflichteinlage noch nicht erbracht ist oder der Kommanditist in Abweichung von § 167 II HGB ein Aufstockungsrecht hat, da sonst der über § 167 II HGB hinausgehende Gewinn gerade nicht dem Kapitalanteil im Sinne von § 122 I HGB zugeschrieben wird und daher weiterhin für den Gesellschafter verfügbar sein muss. Der Einjahresfrist des § 122 I HGB unterliegt dieser Gewinn daher nicht, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 169 Rn. 5, § 167 Rn. 7; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 17; Heymann-Horn, HGB, § 169 Rn. 7; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 29; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 9; GroßkommentarHGB-Schilling, § 169 Rn. 5.

³⁶⁸ Vgl. Barz, in FS Knur, S. 25, 36; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 32. Es können für die Beschlussfassung auch bestimmte Kriterien aufgestellt werden, wie etwa hinreichende Liquidität. Folge ist ein entsprechender Ermessensspielraum, dessen Reichweite sich durch Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung ergibt und dessen Überschreitung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, vgl. BGH, Urteil vom 21.1.1982, WM 1982, 609; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 55. Etwas anderes würde wiederum dann gelten, wenn man auf die Bedürfnisse des Gesellschafters abstellt. Dann bestünde kein Ermessen des Gesellschafters oder der Gesellschaft, MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 56; vgl. schon oben 2. Kapitel: II.1.c)aa), S. 36.

³⁶⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)bb)(2), S. 21.

³⁷⁰ Vgl. Hopt-Volhard/Weber, Form II.B.4. Anm. 9 i.V.m. Form. II.B.2., § 8 IV i.V.m. Anm. 11.

die eventuell aufgrund anderer Einkommensquellen auf die Gewinnausschüttung nicht primär angewiesen ist, die Eigenkapitalbildung durch einen entsprechenden Beschluss in den Vordergrund stellt. Die Minderheit wäre dann ebenfalls von der Ausschüttung ausgeschlossen und in ihren Interessen verletzt.³⁷¹ Es geht also vor allem auch darum, die Minderheitsgesellschafter vor einem Aushungern durch die Mehrheit zu schützen.³⁷²

(a) Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB und Inhaltskontrolle nach §§ 242, 315 ff. BGB

Eine erste Grenze für die Vertragsgestaltung wird schon durch § 138 BGB gezogen. Eine Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit ist jedoch auf Ausnahmefälle beschränkt. Insbesondere kann sie nicht mit einer möglichen Gläubigergefährdung begründet werden. Eine Sittenwidrigkeit wegen schädigendem Verhalten gegenüber Dritten scheitert daran, dass die Gläubiger hinreichend über §§ 171, 172 HGB sowie § 30 I GmbHG geschützt werden.³⁷³

Die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB zieht wohl nur dann eine Grenze für die Vertragsgestaltung bzw. die Beschlussfassung, wenn einzelne Gesellschafter in ungebührlichem Maße benachteiligt werden.³⁷⁴

Streitig ist, inwieweit eine weitergehende Prüfung anhand der §§ 242, 315 ff. BGB stattfinden soll. So wird teilweise vertreten, dass auf diese Weise eine Inhaltskontrolle unter Berücksichtigung der Gedanken der §§ 168, 169 HGB und des vertraglichen Regelungsziels ermöglicht wird.³⁷⁵ Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies bei Personengesellschaften erforderlich ist. Hauptsächlich findet nach der Rechtsprechung eine Kontrolle bei Publikumsgesellschaften statt, weil dort der persönliche Charakter verwässert wird und in der Regel die neu eintretenden Kommanditisten an der Vertragsgestaltung nicht mitwirken, vielmehr einen fertigen Vertrag vorgelegt bekommen. Deshalb ist eine an § 242 BGB orientierte Inhaltskontrolle geboten.³⁷⁶ Bei der „normalen“ GmbH & Co. KG wird diese Funktion aber bereits über die Treuepflicht sowie Bestimmtheitsgrundsatz, Kernbereichslehre und Gleichbehandlungsgrundsatz übernommen,³⁷⁷ so dass für eine weitergehende Kontrolle kein Bedürfnis besteht.³⁷⁸ So ist denn auch aufgrund der vertraglichen Mindestgewinnregelung der Ansatzpunkt ohnehin in dem Beschluss zur weitergehenden Gewinnverwendung zu suchen, mithin weniger im Gesellschaftsvertrag und seiner Kontrolle selbst.

(b) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Treuepflicht kommt bei Personengesellschaften besondere Bedeutung zu. Entsprechende der Rechtslage beim gesetzlichen Auszahlungsanspruchs³⁷⁹ sind auch der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung durch die gesellschaftliche Treuepflicht Grenzen gesetzt, die eine Rücksichtnahme auf die individuellen Bedürfnisse eines einzelnen Gesellschafters gebieten. Die Abwägung zwischen dem Interesse des Kommanditisten nach Auszahlung und dem finanziellen Bedürfnis der Gesellschaft nach Gewinnthesaurierung kann daher aufgrund besonderer Umstände auch dann zu einer Ausschüttung führen, wenn diese unter normalen Umständen nicht erfolgen würde. Maßgeblich ist ein dringender Bedarf, der bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht vorhersehbar war. Zudem muss die Auszahlung ohne Schädigung für die Gesellschaft möglich sein.³⁸⁰

Die Treuepflicht kann aber auch zu einer Entscheidung in die andere Richtung zugunsten einer Gewinnthesaurierung zwingen. So kann es die Treuepflicht gebieten, einem begründeten Verlangen nach Thesaurierung zuzustimmen.³⁸¹

Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz beschränkt die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter, soweit es um die Beschlussfassung bezüglich der Ausschüttung des über den Mindestgewinn hinausgehenden Betrags geht. Beruht die Ungleichbehandlung bereits auf dem Gesellschaftsvertrag, so ist dieser Grundsatz allerdings nicht anwendbar, da mittels einverständlicher Vertragsregelung von ihm abgewichen werden kann.³⁸² Aufgrund der Mindestgewinnausschüttung ist aber ohnehin allein der Bereich der Beschlussfassung relevant.

³⁷¹ Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22.

³⁷² Dieser Begriff ist insbesondere gebräuchlich im GmbH-Recht (Scholz-Emmerich, § 29 Rn. 70; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 29 Rn. 29) und vor allem im Aktienrecht, vgl. § 254 I AktG, vgl. MünchKommAktG-Hüffer, § 254 Rn. 2.

³⁷³ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 57; vgl. schon oben Fn. 334; a. A. offenbar RG, Urteil vom 14.12.1940, RGZ 166, 65, 72 f.

³⁷⁴ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 57; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 20. Aufgrund der Tatsache, dass ohnehin bereits gesellschaftsvertraglich ein bestimmter Mindestgewinn garantiert ist, wird die Schranke der Sittenwidrigkeit wohl kaum jemals erreicht werden.

³⁷⁵ Vgl. Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 26.

³⁷⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 14.4.1975, BGHZ 64, 238; Urteil vom 21.3.1988, BGHZ 104, 50, 53; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 160.

³⁷⁷ Vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: I.3.a)aa), S. 10.

³⁷⁸ Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 3.

³⁷⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: II.1.b), S. 34.

³⁸⁰ Barz, in FS Knur, S. 25, 36; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 11; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Fn. 26; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 26.

³⁸¹ Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 32.

³⁸² Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 20.

(c) Bestimmtheitsgrundsatz³⁸³ und Kernbereichslehre³⁸⁴

Vor allem zu beachten sind die allgemeinen Beschränkungen für Mehrheitsbeschlüsse als Abweichung vom gesetzlichen Regelfall der einstimmigen Beschlussfassung in Personengesellschaften. Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz ergeben sich keine Probleme, zumal der mögliche Gegenstand der Beschlussfassung ohnehin in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird und sich somit aus diesem bestimmen lässt.³⁸⁵

Anders ist die Rechtslage allerdings im Hinblick auf die Kernbereichslehre und damit die inhaltlichen Grenzen von Mehrheitsbeschlüssen. Zwar hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Gesellschafterbeschluss, der einen Teil des Gewinns für die Rücklagenbildung festsetzt, nicht zu beanstanden ist, wenn es sich um notwendige Rücklagen handelt. Eine Mehrheit könne zwar gegen den Willen einer Minderheit nicht beliebig Teile des Gewinns von der Ausschüttung zugunsten der Rücklagenbildung ausschließen. Es handle sich um einen Akt der Gewinnverwendung im Verhältnis zwischen den Gesellschafter und nicht die Gewinnfeststellung, die durch Mehrheitsbeschluss zulässig sei. Vielmehr liege damit eine Änderung der Gewinnverteilung und damit eine Vertragsänderung vor.³⁸⁶ Eine Rücklagenbildung sei allerdings möglich, soweit der Gesellschaftsvertrag allgemein Mehrheitsbeschlüsse vorsieht und die Rücklagen „erforderlich erscheinen, um das Unternehmen für die Zukunft lebens- und widerstandsfähig zu erhalten.“ Nach Ansicht des BGH liegt sie dann „im Rahmen gesunder kaufmännischer Übung und entspricht der Forderung des Wirtschaftslebens, das Unternehmen gegen unvorhergesehene Ereignisse und gegen Konjunkturschwankungen zu sichern.“³⁸⁷

Diese Rechtsprechung ist allerdings auf namhafte Kritik gestoßen und hat sich aus diesem Grunde auch nicht verfestigt.³⁸⁸ Als Argument lässt sich anführen, dass jede Entnahmebeschränkung auch eine Verkürzung von Gesellschafterrechten sowie im Falle der Rücklagenbildung auch eine Erhöhung der Einlagenpflicht impliziert und daher im Hinblick auf den Kernbereich problematisch ist.³⁸⁹ So wird der Kernbereich als tangiert betrachtet, wenn der Ausschüttungsbetrag nicht einmal die Höhe von 4 % des Kapitalanteils erreicht.³⁹⁰ Diesem Betrag wird eine gewisse Orientierungsfunktion zugeordnet. Auch die Abdeckung der Steuerbelastung wird als Anhaltspunkt angeführt.³⁹¹

Im vorliegenden Zusammenhang kann die unterschiedliche Auffassung von Rechtsprechung und Literatur allerdings unentschieden bleiben, weil zum einen bereits eine gesellschaftsvertragliche Gewinngarantie zu vereinbaren ist.³⁹² Des Weiteren ist der potenzielle Kernbereichseingriff bereits durch die im Gesellschaftsvertrag enthaltene antizipierte Zustimmung gerechtfertigt.³⁹³ Zudem wird dem Gesellschafter auch ein Steuerentnahmerecht außerhalb des auszuzahlenden Garantiebetrags zugebilligt.³⁹⁴

bb) Behandlung der ausgenommen Beträge

Zu klären bleibt, welches Schicksal den Beträgen zuteil wird, die nicht an die Kommanditisten ausgeschüttet werden. Zu denken ist zunächst an eine Aufstockung des Eigenkapitalanteils der Kommanditisten entgegen § 167 II HGB. Dieser ist disponibel, da er nur das Innenverhältnis der Gesellschafter betrifft.³⁹⁵ Auf diese Art und Weise wird eine bei der KG nicht vorgeschriebene Rücklagenbildung³⁹⁶ erreicht, verbunden mit einer Erhöhung der Einlageverpflichtung der Kommanditisten. §§ 161 II, 105 III HGB i.V.m. § 707 BGB stehen einer ausdrücklichen Verpflichtung nicht entgegen; auch § 707 BGB ist disponibel.³⁹⁷ Auf diese Weise werden allerdings auch die von dem Kapitalanteil abhängigen Gesellschafterrechte, wie Stimmrecht und Gewinnansprüche, beeinflusst.³⁹⁸ Zwar besteht bei der hier verfolgten Konstellation der GmbH & Co. KG mit fehlender Kapitalbeteiligung der GmbH am Gesellschaftsvermögen der KG eine gewisse Entschärfung der Problematik, da der GmbH dann die Rechte, die sich am Kapitalanteil orientieren, nicht zustehen. Dennoch ist eine Erhöhung der Kapitalanteile nicht zu empfehlen, zumal die Gewinnverteilungssätze von einer unterschiedliche Entnahme seitens der Gesellschafter abhängig

³⁸³ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa), S. 10.

³⁸⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15.

³⁸⁵ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 169 Rn. 24 i.V.m. § 122 Rn. 17.

³⁸⁶ BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 948, 949; dies verkennt meines Erachtens Löffler, NJW 1989, 2656, 2660, der zwar den BGH zitiert, jedoch wie selbstverständlich von keiner Vertragsänderung ausgeht; vgl. auch Ulmer, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 950.

³⁸⁷ BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 948, 949.

³⁸⁸ Vgl. nur Ulmer, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 950: er sieht es als problematisch an, dass „von dem häufig zufälligen Vorgehen der Beteiligten bei Auf- und Feststellung der Jahresbilanz die Zulässigkeit der Rücklagenbildung abhängen soll.“

³⁸⁹ Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 31.

³⁹⁰ Dies entspricht dem Vorzugsgewinnanteil nach § 121 I 1 HGB. Auf diesen Grenzbetrag stellt auch die Aushungerungsanfechtung nach § 254 I AktG ab.

³⁹¹ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 169 Rn. 24 i.V.m. § 122 Rn. 17; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 26.

³⁹² Vgl. oben 2. Kapitel: II.1.c)aa)(1), S. 36.

³⁹³ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5)(a), S. 17. Dasselbe gilt, wenn die Gesellschafter übereinstimmend und unter Beteiligung eines jeden von ihnen derartiges beschließen, Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 31.

³⁹⁴ Vgl. zum Steuerentnahmerecht oben 2. Kapitel: II.1.c)aa)(1), S. 36.

³⁹⁵ Baumbach/Hopt, HGB, § 167 Rn. 6; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 167 Rn. 13; Schlegelberger-Martens, HGB, § 167 Rn. 17.

³⁹⁶ Vorgeschrieben ist eine solche bei der Aktiengesellschaft, § 150 AktG.

³⁹⁷ Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 14.

³⁹⁸ Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn.21.

wären.³⁹⁹ Zudem stellt sich die haftungsrechtliche Problematik, dass die Kommanditisten kein Interesse daran haben werden, auf diese Weise ihre Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auszuweiten, vgl. § 171 I HGB.⁴⁰⁰

Üblich ist jedoch die Vereinbarung fester Konten, um die sich nach dem Kapitalanteil richtenden Rechte konstant zu halten.⁴⁰¹ Um diese Unveränderbarkeit, nicht auszuhebeln, bietet es sich an, Sonderkonten einzurichten und damit von der gesetzlichen Regelung, die in diesem Fall keine adäquate Lösung bietet, abzuweichen.⁴⁰² Fraglich ist, wie dieses Sonderkonto für die zurückbehaltenen Beträge ausgestaltet sein soll. Üblich ist es, die zur freien Verfügung stehenden Beträge (hier der Mindestgewinn sowie der Betrag, den die Gesellschafterversammlung zusätzlich beschließt) auf einem Privatkonto des Gesellschafters gutzuschreiben und hinsichtlich des nicht entnehmbaren Gewinnanteils einen Darlehensvertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu schließen.⁴⁰³ Die Rechtsstellung als Gesellschafter wird nicht berührt, da es sich um ein Drittgeschäft handelt, mit der Folge, dass der Darlehensbetrag auch nicht auf dem Kapitalkonto, sondern auf einem gesonderten Darlehenskonto verbucht wird.⁴⁰⁴

Problematisch an dieser Konstruktion ist allerdings, dass sich die Gesellschaft schuldrechtlich gegenüber dem Gesellschafter verpflichtet. Auf dieses Schuldverhältnis finden die Darlehensregeln der §§ 488 ff. BGB Anwendung, insbesondere auch das Kündigungsrecht des Gesellschafters mit daraus resultierender Rückzahlungspflicht nach § 488 I, III BGB.⁴⁰⁵ Dies ist zwar nicht unumstritten,⁴⁰⁶ macht aber aus Gründen der Rechtssicherheit eine gesellschaftsvertragliche Regelung erforderlich, da ansonsten das Kündigungsrecht allein durch die gesellschaftliche Treuepflicht beschränkt ist.⁴⁰⁷ Der durch die Ausübung des Kündigungsrechts drohenden Sinnentleerung der Entnahmebeschränkung müsste daher durch vertragliche Verankerung besonderer Rückzahlungsbeschränkungen bzw. einer Einschränkung des Kündigungsrechts begegnet werden.⁴⁰⁸ Diese Einschränkungen lässt den Charakter der Vereinbarung als Darlehen unverändert und führt nicht dazu, dass die Beträge dem Kapitalanteil zuzuordnen sind. Es bleiben Schulden der Gesellschaft bzw. Forderungen der Gesellschafter.⁴⁰⁹ Die nicht entnommenen Beträge können dann einem Rücklagenkonto gutgeschrieben werden.⁴¹⁰ Durch die Buchung der Beträge auf verschiedenen Konten mit genauer Regelung der Auszahlungsmodalitäten wird letztlich auch die begriffliche Unterscheidung zwischen Gewinnauszahlungsanspruch der Kommanditisten und Entnahmerecht des persönlich haftenden Gesellschafters hinfällig.⁴¹¹

d) Klauselformulierung

Der KG-Vertrag ist wie folgt zu erweitern:

³⁹⁹ Barz, in FS Knur, S. 25, 38, Fn. 12. Diese Fallgestaltung eines unterschiedlichen Entnahmeverhaltens ist auch bei Einschränkung des Entnahmerechts möglich, weil ein gänzlicher, genereller Entnahmeausschluss von den Kommanditisten zugunsten der Gesellschaft natürlich nicht gewollt ist und daher auch nicht vereinbart wird.

⁴⁰⁰ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 49.

⁴⁰¹ Baumbach/Hopt, HGB, § 120 Rn. 19; vgl. bereits oben 2. Kapitel: I.3.c)bb), S. 24.

⁴⁰² Baumbach/Hopt, HGB, § 122 Rn. 1; MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 49; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 30 f.

⁴⁰³ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 49; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 31; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22.

⁴⁰⁴ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 49; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 28. Drittgeschäfte sind solche, deren Grundlage nicht im Gesellschaftsverhältnis zu suchen ist, sondern die auch mit jedem Dritten geschlossen werden können. Sie begründen somit rein schuldrechtliche Rechte und Pflichten, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 5, § 14 Rn. 11; Hachenburg-Raiser, § 14 Rn. 30.

⁴⁰⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.1962, BB 1963, 284; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22 zu §§ 607 ff. a. F.

⁴⁰⁶ Vor allem gegen die Anwendbarkeit der Kündigungsbestimmungen wird vorgebracht, dass auf diese Weise die mit der durch die Verbuchung auf dem Darlehenskonto bezweckte Entnahmebeschränkung ausgehebelt würde und ihren Sinn verlieren würde, MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 19 Rn. 73; Huber, Vermögensanteil, S. 256, Fn. 60. Dagegen ließe sich allerdings anführen, dass bei genereller Unkündbarkeit das Darlehen den Charakter einer nicht im Gesellschafterinteresse liegenden eigenkapitalähnlichen Finanzierung annehmen würde, was im Zweifel nicht gewollt ist. Es ist vielmehr Sache der Gesellschafter, im Wege einer interessengerechten Vertragsgestaltung Regelungen zur Einschränkung der ansonsten bestehenden Kündigungsmöglichkeit zu schaffen, vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 28.

⁴⁰⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.1962, BB 1963, 284; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22 zu §§ 607 ff. a. F.

⁴⁰⁸ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, §§ 22 Rn. 49; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22.

⁴⁰⁹ BGH, Urteil vom 23.2.1978, WM 1978, 342; Schlegelberger-Martens, HGB, § 169 Rn. 22. Als Begründung lässt sich anführen, dass bei Vereinbarung eines Darlehenskontos der Gesellschaftsvertrag genau zwischen Beteiligungskonten, also den festen Kapitalkonten und Darlehenskonten differenziert, so dass schon daraus der Schluss gerechtfertigt ist, dass es sich bei letzteren um echte Forderungskonten handelt. Maßgeblich ist, dass diese Konten gerade nicht für die Verlustdeckung bestimmt sind. Entnahmebeschränkungen sind dabei gesellschaftsvertraglich üblich und haben keine Auswirkungen auf den Charakter des Kontos, BGH, Urteil vom 23.2.1978, WM 1978, 342, 343, Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 122 Rn. 14 i.V.m. § 120 Rn. 15; auch Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 20 Rn. 36.

⁴¹⁰ Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 23 Rn. 31; diese führen nicht zu Forderungen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, sondern dienen wie Einlagen der Bildung von Gesellschaftsvermögen (Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 169 Rn. 29) und beruhen nicht auf einer Erhöhung des festen Kapitalkontos, vgl. Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 7 lit. c); Hopt-Volhard/Weber, Form II.B.2., § 4; vgl. ausführlich zu den Feinheiten der Mehrkontenführung, insbesondere, ob nun Zwei-, Drei- oder Vierkontenmodell bzw. modifiziertes Dreikontenmodell mit Rücklagenkonto Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 20 Rn. 30 ff. Die Terminologie ist dabei wiederum äußerst uneinheitlich, vgl. MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 19 Rn. 37 ff.; Huber, ZGR 1988, 1, 72 ff.; Schlegelberger-Martens, HGB, § 120 Rn. 31 ff.; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 120 Rn. 54 ff.;

⁴¹¹ MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 50.

§ 5
Gesellschafterkonten⁴¹²

In der Gesellschaft werden für jeden Gesellschafter gesondert folgende Gesellschafterkonten geführt:

- a) Ein Kapitalkonto, auf dem für jeden Gesellschafter der in § 4 festgelegte Einlagebetrag gebucht wird. Die Kapitalkonten werden als im Verhältnis zueinander unveränderliche Festkonten geführt, mit welchen die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ausschließlich verbunden sind. Verlustanteile und Entnahmen vermindern im Verhältnis der Kommanditisten untereinander nicht die Höhe der Kapitalanteile...
- b) Ein Verlustvortragkonto, auf dem für jeden Gesellschafter etwaige Verlustanteile und Gewinne⁴¹³ bis zum Ausgleich des Kontos gebucht werden...
- c) Ein Rücklagenkonto, auf dem der nicht entnahmefähige Teil des Gewinns gebucht wird. Die Rücklagenkonten dienen zur Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft und weisen keine Forderungen der Gesellschafter aus.
- d) Ein Privatkonto, auf dem alle sonstigen Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern gebucht werden. Dies gilt insbesondere für Gewinngutschriften, soweit diese nicht zum Ausgleich eines Verlustvortragkontos benötigt werden oder auf dem Rücklagenkonto zu verbuchen sind...
- e) Ein Darlehenskonto als besonderes Verrechnungskonto, auf dem die von den Gesellschaftern gewährten Darlehen zu verbuchen sind. Guthaben vom Darlehenskonto sind unter Einhaltung einer Frist von 10 Monaten auf das Ende des Geschäftsjahres kündbar; die Gesellschaft ist indessen berechtigt, die Rückzahlung in gleichen Raten in einem Zeitraum bis zu fünf Jahren vorzunehmen, soweit die finanzielle Lage der Gesellschaft dies erfordert...

§ 9
Vergütung der Komplementärin⁴¹⁴

Der Komplementärin werden sämtliche Ausgaben und Aufwendung für die Geschäftsführung erstattet, sobald sie entstehen.

§ 12
Ergebnisverteilung und Verbuchung⁴¹⁵

- (1) Das Ergebnis der Gesellschaft wird wie folgt verteilt:
 - a) Aus dem Ergebnis erhält die Komplementärin vorweg eine Haftungsvergütung in Höhe von 2 % ihres eingezahlten Stammkapitals, das zu Beginn des Geschäftsjahres in ihrer Bilanz ausgewiesen ist.
 - b) Das restliche Ergebnis wird unter die Kommanditisten nach Maßgabe der folgenden Absätze verteilt.
- (2) An einem Gewinn sowie an einem Verlust nehmen die Kommanditisten im Verhältnis ihrer Kapitalanteile teil. Die Komplementär-GmbH ist weder am Gewinn noch am Verlust beteiligt. Die gesetzlichen Vorschriften über die Haftungsbeschränkung für Kommanditisten bleiben auch im Hinblick auf etwaige Freistellungs- und Rückgriffsansprüche der Komplementärin unberührt.
- (3) Gewinnanteile der Kommanditisten werden vorrangig zum Ausgleich eines auf den Verlustvortragkonten verbuchten Verlustes verwendet. Der danach verbleibende Gewinn ist den Privatkonten der Gesellschafter zuzuschreiben, soweit sich aus den folgenden Bestimmungen nichts anderes ergibt.

§ 13
Entnahmen⁴¹⁶

- (1) Die Kosten der Geschäftsführung und die Haftungsvergütung für die Komplementärin können von dieser zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt entnommen werden.
- (2) Jeder Gesellschafter kann zu Lasten seines Privatkontos die Auszahlung der Beträge verlangen, die er zur Zahlung, auch Vorauszahlung seiner persönlichen Steuern und öffentlichen Abgaben auf seine Einkünfte aus und sein Vermögen in der Gesellschaft benötigt. Das Entnahmerecht entsteht, sobald die Zahlungen oder Vorauszahlungen fällig werden. Werden einem Gesellschafter Steuern zurückerstattet, die er aufgrund seiner Beteiligung entrichtet hat, so sind die Rückerstattungen dem Privatkonto gutzubringen.⁴¹⁷
- (3) Jeder Gesellschafter ist über das Entnahmerecht nach Absatz 2 hinaus berechtigt, Entnahmen in Höhe von 20 % des auf ihn entfallenden Gewinns zu tätigen, sofern entsprechende Guthaben auf dem Verrechnungskonto zur Verfügung stehen und das Verlustvortragkonto ausgeglichen ist. Liegen diese Vor-

⁴¹² Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 7; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 5; Hopt-Volhard/Weber, Form II.B.2., § 4. Hier wird ein modifiziertes Dreikontenmodell mit Rücklagenkonto gewählt.

⁴¹³ Dies dient dazu, ein Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV 2 HGB zu verhindern.

⁴¹⁴ Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.6, § 6.

⁴¹⁵ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 66 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 9; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.6, § 6; III.10, § 16.

⁴¹⁶ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 9; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.3, § 12; III.10, § 17.

⁴¹⁷ Vgl. MünchHandbuchKG-von Falkenhausen, § 22 Rn. 65.

aussetzungen nicht vor, verfügt der Gesellschafter aber über ein entsprechendes Guthaben auf dem Darlehenskonto, so kann die Entnahme durch Umbuchung auf das Privatkonto erfolgen, ohne dass es der Einhaltung der Frist gemäß § 5 e) bedarf...

- (4) Die Gesellschafterversammlung beschließt mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen, ob dem Gesellschafter über Absatz 3 hinaus ein weitergehendes Entnahmerecht zusteht. Der danach nicht entnehmbare Gewinn wird dem Darlehenskonto zugeführt.
- (5) Das Entnahmerecht entfällt, wenn es bis zur Feststellung der Bilanz für das darauf folgende Geschäftsjahr nicht geltend gemacht worden ist. Die bis dahin nicht entnommenen Beträge werden den Rücklagenkonten zugeführt.

2. Kapitalerhöhungen

a) Problemaufriss

Auch wenn die Frage der Eigenkapitalerhöhung grundsätzlich von wirtschaftlichen Überlegungen geprägt ist und auch sein soll, so darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie auch Gefahren birgt. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass eine Kapitalerhöhung auch ein Machtmittel zur Stärkung einzelner Gesellschafter sein kann. Da zahlreiche Gesellschafterrechte sich nach dem Kapitalanteil richten, hat eine Kapitalerhöhung notwendigerweise auch Auswirkungen auf diese Rechte. Es besteht daher die Gefahr, dass die Eigenkapitalerhöhung bewusst zu einem Zeitpunkt vorgenommen wird, zu dem bestimmte Gesellschafter finanziell nicht in der Lage sind, an der Erhöhung teilzunehmen und daher verhältnismäßig an Einfluss und Rechten verlieren. Andererseits muss auch der Möglichkeit begegnet werden, dass eine Minderheit eine aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten notwendige Kapitalerhöhung verhindern kann. Die Aufgabe der Vertragsgestaltung liegt somit in einem sachgerechten Interessenausgleich.⁴¹⁸

Daher bedarf auch die Problematik der Kapitalerhöhung gesellschaftsvertraglicher Gestaltung. Der Schwerpunkt der Problematik ist hier jedenfalls zunächst im Rahmen der KG zu suchen.⁴¹⁹

b) Grundsätzliche Regelung

Ausgangspunkt ist bei der GmbH & Co. KG, dass die Frage der Kapitalerhöhung in Personengesellschaften im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften nicht speziell kodifiziert ist und sich somit nach den allgemeinen Bestimmungen richtet.⁴²⁰ Die Gesellschafter sind grundsätzlich zu einer Erhöhung der Kapitalanteile nicht verpflichtet, wenn nicht vertraglich etwas anderes bestimmt ist, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 707 BGB.⁴²¹ Auch der gemeinsame Zweck, den die Gesellschafter einer Personengesellschaft zu fördern sich verpflichten, §§ 105 I, III HGB, 705 BGB, indiziert jedenfalls keine Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage. Die Gesellschafter sind vielmehr in ihrem Vertrauen darauf schutzwürdig, dass es bei den anfangs bedungenen Einlagen verbleibt bzw. es nicht ohne ihre Zustimmung zu Erweiterungen kommt.⁴²² Ohne abweichende Festlegung im Gesellschaftsvertrag setzt eine nachträgliche Kapitalerhöhung als Änderung des Gesellschaftsvertrages einen Vertrag der Gesellschafter voraus. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch eine Änderung des Vertrages durch Beschlussfassung vorsehen. Grundsätzlich ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich, da es sich um ein Grundlagengeschäft handelt.⁴²³ Die oben angesprochene Gefahrenlage wäre dann auf die Problematik beschränkt, dass jeder Minderheitsgesellschafter auch eine wirtschaftlich indizierte Kapitalerhöhung verhindern könnte.⁴²⁴

⁴¹⁸ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 98.

⁴¹⁹ Vgl. schon oben 2. Kapitel: II.1, S. 33.

⁴²⁰ Vgl. §§ 55 ff. GmbHG; §§ 182 ff. AktG. Dass der Gesetzgeber von einer Regelung für Personengesellschaften abgesehen hat, wird zum einen zu begründen versucht mit der eventuell bestehenden größeren Bereitschaft der Gesellschafter, durch bloße Zahlungen in das Gesellschaftsvermögen für eine bessere Kapitalausstattung zu sorgen. Zum anderen wird angeführt, das Innenrecht der Personengesellschaften sei elastischer, Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 1; Karsten Schmidt, ZGR 1982, 519, 535.

Anzumerken ist, dass auch die Problematik der Kapitalherabsetzung gesetzlich im Recht der Personengesellschaften nicht geregelt ist. Insbesondere kann nicht auf § 174 HGB abgestellt werden. Dieser beschäftigt sich allein mit der Frage der Herabsetzung der Haftsumme, betrifft also die Außenhaftung und nicht die Pflichteinlage, mithin das Innenverhältnis der Gesellschafter, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 174 Rn. 1; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 174 Rn. 1. Da die Problematik der Kapitalerhöhungen eine größere Rolle spielt, beschränkt sich die Darstellung im folgenden auf diese. Vgl. zur Problematik der Kapitalherabsetzung Karsten Schmidt, ZGR 1982, 519, 537.

⁴²¹ Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 12; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 146; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 19; für die Kommanditisten gilt dies nicht nur während des Bestehens der Gesellschaft, sondern darüber hinaus auch im Liquidationsstadium, § 167 III HGB, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 167 Rn. 4; Heymann-Horn, HGB, § 167 Rn. 8.

⁴²² Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 1; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 105.

⁴²³ Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 100; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 1; Scholz-Priester, § 55 Rn. 140 i.V.m. § 53 Rn. 196; Karsten Schmidt, ZIP 1980, 328, 335; MünchKomm-Ulmer, § 707 Rn. 1.

⁴²⁴ Eine Beschränkung des „Vetorechts“ der Minderheitsgesellschafter wäre allerdings wiederum aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht gegeben, Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. KG Rn. 98.

c) Problematik der mehrheitlichen Beschlussfassung

Bereits im Rahmen der Beschlussfassung wurde jedoch erörtert, dass nur eine Mehrheitsbeschlussfassung mit Orientierung am Recht der GmbH der Interessenlage gerecht werden kann.⁴²⁵ Nach einhelliger Meinung enthält § 707 BGB dispositives Recht. Die Beschlussfassung über Beitragserhöhungen kann daher unproblematisch einer Mehrheit vorbehalten werden.⁴²⁶ Die Kapitalerhöhung durch Änderung des Gesellschaftsvertrags könnte somit grundsätzlich mit einer Mehrheit von 75 % beschlossen werden, vgl. § 53 II GmbHG. Dieses Mehrheitserfordernis ist zugleich Ausdruck eines gesetzgeberischen Ausgleichs zwischen den oben angesprochenen gegensätzlichen Interessenlagen.

d) Schranken der mehrheitlichen Beschlussfassung

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Der Bestimmtheitsgrundsatz steht einer mehrheitlichen Beschlussfassung grundsätzlich nicht entgegen.⁴²⁷ Im vorliegenden Fall ist allerdings eine Besonderheit zu beachten. Auch wenn der Beschlussgegenstand festgelegt ist, so könnte dennoch ein nicht kalkulierbares Risiko für die dem Willen der Mehrheit unterworfenen Minderheitsgesellschafter bestehen, das daraus resultiert, dass eine Begrenzung der Kapitalerhöhung nicht vorgesehen ist. Es stellt sich somit die Frage, ob der Bestimmtheitsgrundsatz die Festlegung eines Grenzbetrags im Gesellschaftsvertrag erfordert. Dies ließe sich mit dem Reichsgericht damit begründen, dass eine schrankenlose Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit gegen die guten Sitten verstoßen könnte.⁴²⁸ Eine Ausnahme wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann gemacht, wenn „...es sich um eine Publikumsgesellschaft handelt, die auf den Beitritt weiterer Kommanditisten eingerichtet ist, der Beschluß nur das Recht zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung begründet und dieses Recht jedem Altkommanditisten entsprechend der Höhe seiner bisherigen Beteiligung eingeräumt wird.“⁴²⁹

Streitig ist allerdings die Rechtslage, wenn es nicht um eine Publikumsgesellschaft geht, sondern um eine personalistische GmbH & Co. KG.⁴³⁰ Es stellt sich auf den ersten Blick die Frage, inwieweit die Grundsätze zur Publikumsgesellschaft auch hier anzuwenden sind. Es wird dies vielfach generell, ohne auf Spezifika des Einzelfalls einzugehen, abgelehnt und die Festlegung einer Obergrenze für die Kapitalerhöhung bereits im Gesellschaftsvertrag als Ausfluss des Bestimmtheitsgrundsatzes gefordert. Als Gründe hierfür werden die im Gegensatz zur Publikumsgesellschaft im Vordergrund stehende persönliche Verbundenheit der Gesellschafter gesehen sowie deren Interesse an der Wahrung der Beteiligungsverhältnisse.⁴³¹

bb) Kernbereichslehre

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Festlegung eines Grenzbetrages im Gesellschaftsvertrag allerdings ein Problem der inhaltlichen Kontrolle der Beschlussgegenstände, nicht des Bestimmtheitsgrundsatzes, der einzig und allein der Kontrolle dient, ob eine Ermächtigung zur Fassung des jeweiligen Beschlussgegenstandes im Gesellschaftsvertrag enthalten ist. Die Frage, inwieweit der einzelne Gesellschafter in seinen Rechten verletzt ist bzw., inwieweit eine nicht mehr hinnehmbare Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit vorliegt, ist dagegen insbesondere im Zusammenhang mit den Grundsätzen der Kernbereichslehre zu diskutieren.⁴³² So wird denn auch vom überwiegenden Teil der Befürworter die Problematik von Grenzbeträgen zumindest auch im Zusammenhang der Kernbereichslehre behandelt.⁴³³

Es ist somit zu klären, inwieweit der Kernbereich der Gesellschafterrechte durch einen etwaigen Kapitalerhöhungsbeschluss verletzt ist, wenn keine Obergrenze im Gesellschaftsvertrag festgelegt ist.

⁴²⁵ Vgl. oben **2. Kapitel: 1.2, S. 8.**

⁴²⁶ Palandt-Sprau, § 707 Rn. 2; MünchKomm-Ulmer, § 707 Rn. 5.

⁴²⁷ Vgl. oben **2. Kapitel: 1.3.a)aa), S. 10.**

⁴²⁸ RG, Urteil vom 13.4.1940, RGZ 163, 385, 391.

⁴²⁹ BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82, 85 f.

⁴³⁰ Vgl. hierzu oben **2. Kapitel: 1.3.a)aa)(2), S. 11.**

⁴³¹ BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82, 85. *Authenrieth/Breucha-Schmidberger*, DStZ 1988, 589; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 98; *Wiedemann*, ZGR 1977, 690, 694. Einschränkungen der bei Fehlen einer Obergrenze erforderlichen Einstimmigkeit können sich wiederum aus der gesellschaftlichen Treupflicht ergeben, *Authenrieth/Breucha-Schmidberger*, DStZ 1988, 589.

⁴³² *Karsten Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 227; hierzu ausführlich oben **2. Kapitel: 1.3.a)aa)(5)(b), S. 17.**

⁴³³ Vgl. *Authenrieth/Breucha-Schmidberger*, DStZ 1988, 589; vor allem auch MünchKomm-Ulmer, § 707 Rn. 5, der die Problematik primär im Kontext des Kernbereichs diskutiert, freilich nicht zuletzt deshalb, weil er für eine Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes plädiert, vgl. MünchKomm-Ulmer, § 709 Rn. 76 f.; vgl. auch *Wiedemann*, ZGR 1977, 690, 693 f., der das Erfordernis einer Obergrenze ausdrücklich neben dem Bestimmtheitsgrundsatz fordert.

(1) Belastungsverbot

Das Belastungsverbot besagt, dass eine grundsätzliche Erhöhung der Beitragspflichten nur mit Zustimmung der Gesellschafter möglich ist, wie sich aus §§ 161 II, 105 III HGB, 707 BGB ergibt. Das Belastungsverbot zählt daher zum Bereich der unentziehbaren, mehrheitsfesten Rechte.⁴³⁴

Dennoch ist eine Verletzung des Belastungsverbots zu verneinen, da zum einen ohnehin bereits eine antizipierte Zustimmung im Gesellschaftsvertrag⁴³⁵ gegeben wäre und somit die Rechte des Gesellschafters bereits gewahrt sind, wenn ihm bei der Beschlussfassung ein Stimmrecht gewährt wird.⁴³⁶ Zum anderen ist eine Belastungsgrenze nicht unabdingbare Voraussetzung, um einen Kernbereichseingriff auszuschließen. Eine Verletzung ist nur dann denkbar, wenn eine Pflicht für die Gesellschafter zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung begründet wird.⁴³⁷

Bei einem bloßen Teilnahmerecht steht der Grundsatz des Belastungsverbots nicht entgegen. Ein unmittelbarer Eingriff in die Beitragspflicht ist dann nicht gegeben, es obliegt vielmehr jedem Gesellschafter selbst, inwieweit er sich an der Kapitalerhöhung beteiligt. In diesen Fällen ist gerade die besondere Gefahr einer unbegrenzten Beitragserhöhung aufgrund Mehrheitsbeschlusses zu Lasten einer Minderheit, derentwegen die Festlegung einer Grenze für die Kapitalerhöhung bereits im Gesellschaftsvertrag gefordert wird, nicht gegeben.⁴³⁸

Insoweit lassen sich also durchaus Parallelen zur Rechtsprechung des BGH zur Publikumsgesellschaft ziehen.⁴³⁹ Zwar besteht im Rahmen einer geschlossenen Gesellschaft eine stärkere Bindung der Gesellschafter und ein erhöhtes Interesse an der Aufrechterhaltung ihrer Beteiligungen, so dass die Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Publikumsgesellschaft nicht unproblematisch ist.⁴⁴⁰ Entscheidender Aspekt muss daher sein, ob der Minderheitsgesellschafter gegen seinen Willen zu einer Beitragserhöhung gezwungen wird. Zwar ist auch bei einer bloßen Teilnahmeberechtigung die Situation für den Minderheitsgesellschafter nicht ungefährlich, zumal sich bei unterschiedlichem Gebrauchmachen von der Beteiligungsmöglichkeit die Kapitalverhältnisse in der Gesellschaft ändern, was indirekt Auswirkungen auf die vom Kapitalanteil abhängigen Gesellschafterrechte wie Stimmrecht, Gewinnanteil etc. hat.⁴⁴¹ Diese mittelbare Rechtsminderung zu Lasten der Minderheitsgesellschafter im Gegensatz zu den sich an der Kapitalerhöhung beteiligenden Gesellschaftern rechtfertigt allerdings nicht das Erfordernis der Einstimmigkeit des Beschlusses, falls kein Grenzbetrag im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, sondern ist vom Gesellschafter hinzunehmen.⁴⁴²

Es muss also zwischen der Kapitalerhöhung als solcher, mit der jedenfalls kein direkter Eingriff in den Kernbereich verbunden ist, und der Frage der Einlagenerhöhung, die erst der verpflichtenden Übernahme einer Stammeinlage aufgrund der Kapitalerhöhung entspricht, abgegrenzt werden.⁴⁴³ Für diese Differenzierung spricht auch, dass der Bundesgerichtshof zwischen der Frage der Kapitalerhöhung und der Frage der Erhöhung der Einlage differenziert.⁴⁴⁴

(2) Zwischenergebnis

Es sollte daher im Gesellschaftsvertrag neben der Möglichkeit einer Kapitalerhöhung durch Mehrheitsbeschluss die Regelung eines Grenzbetrags bedacht werden. Maßgeblich für ein solches Erfordernis ist, ob eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung vereinbart wird oder die Teilnahme auf freiwilliger Basis erfolgen soll. Nur im ersteren Fall ist nach obigen Ausführungen die Festlegung einer Obergrenze angezeigt.

cc) Gleichbehandlungsgrundsatz

Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung ist zu beachten.⁴⁴⁵ Sowohl für den Fall einer Einlagepflicht als auch bei Freiwilligkeit der Beteiligung an der Kapitalerhöhung ist zu beachten, dass jedem Gesellschafter prozentual ein gleicher Anteil vorbehalten sein muss. Es muss daher die Pflicht bzw. das Recht bestehen, entsprechend den bestehenden Beteiligungsverhältnissen an der Kapitalerhöhung zu partizipieren.⁴⁴⁶ Die Art und Weise der Beteili-

⁴³⁴ Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 27; vgl. oben Fn. 183.

⁴³⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5)(a), S. 17 sowie Fn. 186.

⁴³⁶ Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 28; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.c); vgl. auch schon oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15.

⁴³⁷ Vgl. RG, Urteil vom 23.11.1917, RGZ 91, 166, 168 f.; Urteil vom 13.4.1940, RGZ 163, 385, 391.

⁴³⁸ Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 100; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 27; Karsten Schmidt, ZIP 1980, 328, 335.

⁴³⁹ BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82, 85 f.

⁴⁴⁰ MünchKomm-Ulmer, § 707 Rn. 5.

⁴⁴¹ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c), S. 22. Durch die Veränderung der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ändert sich notwendig auch die Beteiligung an den stillen Reserven. Diese gehen in diesem Fall auf die sich beteiligenden Mitgesellschafter über, ohne allerdings Folgen für den ertrags- oder schenkungssteuerlichen Bereich zu haben, Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 100; Authenrieth/Breucha-Schmidberger, DStZ 1988, 589, 590 f.

⁴⁴² Vgl. Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 27. Für eine differenzierte Betrachtung der Fälle der freiwilligen Teilnahme an einer Kapitalerhöhung und der Verpflichtung hierzu auch Wiedemann, PdW, S. 242 f.

⁴⁴³ Karsten Schmidt ZGR 1982, 519, 536.

⁴⁴⁴ BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82, 85 f.; Karsten Schmidt, Einlage und Haftung, S. 19.

⁴⁴⁵ Vgl. Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 109 Rn. 10; vgl. schon oben Fn. 192.

⁴⁴⁶ BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82, 86; Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 4. Die GmbH ist dadurch wegen der schon fehlenden Kapitalbeteiligung [vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c)cc)(2), S. 25] auch nicht verpflichtet bzw. berechtigt, an der Kapitalerhöhung mitzu-

gung an der Kapitalerhöhung richtet sich nach denselben Grundsätzen, die auch für die Einlageleistung bei Errichtung der KG anzuwenden sind.⁴⁴⁷

e) Auswirkungen auf die Haftsumme

Geklärt werden muss im Gesellschaftsvertrag auch, inwieweit die Teilnahme an der Kapitalerhöhung Auswirkungen auf die Haftsumme der Kommanditisten hat, § 171 HGB. Eine Beteiligung an der Kapitalerhöhung durch Übernahme von Kommanditisteneinlagen und damit einhergehender quotaler Erhöhung der Kapitalbeteiligung des Gesellschafters hat nämlich nicht notwendigerweise auch eine Erhöhung der Haftsumme zu Folge.⁴⁴⁸ Es muss zwischen Innenverhältnis – der übernommenen Pflichteinlage – und dem Außenverhältnis – der Haftsumme differenziert werden.⁴⁴⁹ Nur das Innenverhältnis wird mangels gegenteiliger Regelung tangiert.

f) Auswirkungen auf die Rechtslage in der GmbH

Gleichzeitig mit der Vertragsgestaltung in der KG muss eine Koordinierung mit den GmbH-Regeln vorgenommen werden, wobei sich eine enge Anlehnung an die §§ 53 ff. GmbHG anbietet. So wurde zwar eingangs festgestellt, dass sich die Problematik von Kapitalerhöhungen in erster Linie in der KG stellt, nimmt doch die GmbH nicht am Wirtschaftsleben teil. Beteiligen sich allerdings nicht alle Gesellschafter an einer Kapitalerhöhung, so ändern sich dadurch notwendig die Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter, so dass eine Diskrepanz zur Beteiligungssituation in der Komplementär-GmbH entstehen kann.⁴⁵⁰ Insofern hat die Kapitalerhöhung der KG auch Auswirkungen auf die Komplementär-GmbH. Über die Harmonisierung der Kapitalerhöhungsbestimmungen besteht jedenfalls die Möglichkeit, in der Komplementär-GmbH eine entsprechende Kapitalerhöhung mit paralleler Teilnahme der Gesellschafter durchzuführen.

g) Klauselformulierung

Die Regelung der Kapitalerhöhung in der KG setzt in etwa folgende Ergänzung des Gesellschaftsvertrags voraus:⁴⁵¹

§ 20

*Erhöhung des Festkapitals*⁴⁵²

- (1) *Bei der Erhöhung des Festkapitals hat jeder Gesellschafter Anspruch darauf, sich in Höhe des seinem Anteil am Festkapital entsprechenden Teils zu beteiligen. Die Haftsumme bleibt davon ohne besondere Vereinbarung unberührt.*
- (2) *Die Zulassung von Personen, die nicht bereits Gesellschafter sind, ist zulässig, soweit die Voraussetzungen vorliegen, unter denen gemäß § 14 Absatz 2 Satz 2 die Zustimmung zur Verfügung über den Gesellschaftsanteil entbehrlich ist.*

Der GmbH-Betrag ist wie folgt zu ergänzen:

§ 20

*Kapitalerhöhung*⁴⁵³

- (1) *Bei einer Kapitalerhöhung hat jeder Gesellschafter Anspruch darauf, dass ihm ein seinem Kapitalanteil entsprechender Teil des neuen Gesellschaftsanteils zugeteilt wird.*⁴⁵⁴

wirken. Es stellt sich daher auch nicht das steuerrechtliche Problem der verdeckten Gewinnausschüttung. Denn die Rechtsprechung sieht den Tatbestand einer verdeckten Gewinnausschüttung nur dann als erfüllt an, wenn die Komplementär-GmbH an der Kapitalerhöhung trotz Berechtigung nicht teilnimmt und ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter der Änderung des Vertrages nicht zugestimmt hätte. Der Vermögensvorteil, den die Kommanditisten dadurch erhalten, ist im Übergang eines Bruchteils der Gesellschaftsanteile der GmbH auf die übrigen Mitgesellschafter zu sehen, vgl. BFH, Urteil vom 25.11.1976, BStBl II 1977, 477, 477, 479, 481; *Authenrieth/Breucha-Schmidberger*, DStZ 1988, 589, 591. Eine solche Konstellation ist hier schon deshalb nicht gegeben, weil die GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt ist, mithin eine Minderung der vermögensrechtlichen Position der GmbH zugunsten der Kommanditisten ausscheidet. Zudem liegt keine Berechtigung zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung vor.

⁴⁴⁷ Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 6 i.V.m. § 19 Rn. 10 ff.

⁴⁴⁸ Sudhoff-Ihrig, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 6; *Karsten Schmidt*, ZGR 1982, 519, 536.

⁴⁴⁹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rn. 1.

⁴⁵⁰ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 98.

⁴⁵¹ Vgl. zum Mehrheitsbeschluss bereits oben § 10 IV c) des KG-Vertrages oben **2. Kapitel: I.4, S. 30**.

⁴⁵² *Sudhoff-Reichert*, GmbH & Co. KG, § 66 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 16.

⁴⁵³ *Sudhoff-Reichert*, GmbH & Co. KG, § 68 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 17.

⁴⁵⁴ Die Möglichkeit statutarischer Bezugsrechtsregelungen ist allgemein anerkannt, *Scholz-Priester*, § 55 Rn. 68; *Roth/Altmeppen-Roth*, § 55 Rn. 18; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann*, § 55 Rn. 26, 29. Eine solche Regelung ist auch zu empfehlen, da es ohne eine solche äußerst strittig ist, inwieweit – wie der Wortlaut des § 55 II GmbHG nahe legt – neben dem Kapitalerhöhungsbeschluss zwingend ein Zulassungsbeschluss erforderlich ist, in dem die Personen benannt werden, die zur Übernahme neuer Stammeinlagen zugelassen werden und der die Höhe der Stammeinlagen bezeichnet. Dies wird teils abgelehnt mit der Begründung, es bestehe ein – wenn gleich ungeschriebenes – gesetzliches Bezugsrecht der Altgesellschafter, so dass ein ausdrücklicher Zulassungsbeschluss nur dann erforderlich sei, wenn das Bezugsrecht der bisherigen Gesellschafter ganz oder teilweise ausgeschlossen werde. Vgl. zu dieser Problematik und zur e-

- (2) Die Zulassung von Personen, die nicht bereits Gesellschafter sind, ist zulässig, soweit die Voraussetzungen vorliegen, unter denen gemäß § 14 Absatz 1 Satz 2 die Zustimmung zur Verfügung über den Gesellschaftsanteil entbehrlich ist.

III. INFORMATIONSRECHT DER GESELLSCHAFTER⁴⁵⁵

Grundsätzlich besteht auch Harmonisierungsbedarf im Hinblick auf die Informationsrechte der Gesellschafter, da diese in beiden Gesellschaften unterschiedlich ausgestaltet sind und die Frage der Unterrichtung der Gesellschafter über die Verhältnisse der Gesellschaft von großer Bedeutung für die Wahrnehmung der jeweiligen Rechte ist.

Im Recht der GmbH besteht ein vollumfängliches Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51 a GmbHG. Der Begriff der „Angelegenheiten der Gesellschaft“ ist dabei unstreitig weit auszulegen. Darunter ist grundsätzlich alles zu verstehen, was mit der Geschäftsführung, ihren wirtschaftlichen Verhältnissen sowie ihren Beziehungen zu Dritten bzw. verbundenen Unternehmen zusammenhängt. Insbesondere bei der GmbH & Co. KG fallen darunter auch die Angelegenheiten der KG, da diese zugleich solche der GmbH sind.⁴⁵⁶ Demgegenüber steht dem Kommanditisten nur das eingeschränkte Informationsrecht des § 166 HGB zu.

Ein Regelungsbedarf ist aber nur dann gegeben, wenn es unter den Gesellschafter bloße „Nur-Kommanditisten“ gibt, die auf § 166 HGB beschränkt sind. Hier wird jedoch gerade die echte GmbH & Co. KG behandelt, so dass jeder Gesellschafter an beiden Gesellschaften beteiligt ist, und ihm daher beide Informationsrechte zustehen, wobei er freilich dem Informationsrecht nach § 51 a GmbHG den Vorzug geben wird, da dieses Einblick in die Angelegenheiten beider Gesellschaften gewährt.⁴⁵⁷

IV. MAßNAHMEN DES GESELLSCHAFTERS

1. Austritt aus der Gesellschaft durch Kündigung

Da die Kündigungsmöglichkeiten der Gesellschafter in beiden Gesellschaften unterschiedlich sind, besteht auch hier Harmonisierungsbedarf.

a) Grundsätzliche Regelung bei Komplementär-GmbH und KG

Der wesentliche Unterschied zwischen GmbH und KG ist darin zu sehen, dass nur im Recht der Personengesellschaften die Kündigung gesetzlich geregelt ist. Die GmbH ist zwar als juristische Person körperschaftlich organisiert und daher vom Bestand ihrer Mitglieder unabhängig. Das GmbH-Gesetz sieht dennoch eine Kündigung durch die Gesellschafter nicht vor. Ein generelles Austrittsrecht wird ihnen verwehrt.⁴⁵⁸ Demgegenüber haben die Gesellschafter der GmbH & Co. KG die Möglichkeit, die Gesellschaft mit einer Frist von sechs Monaten zum Schluss eines Geschäftsjahrs ordentlich zu kündigen, §§ 161 II, 132 HGB. Das Recht, die auf unbestimmte Zeit geschlossene Gesellschaft zu kündigen, gehört zum unverzichtbaren Bestandteil der Kernbereichsrechte der Gesellschafter, vgl. §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 723 III BGB.⁴⁵⁹ Rechtsfolge ist seit der Handelsrechtsreform⁴⁶⁰ allerdings nicht mehr die Auflösung der Gesellschaft, wie dies nach §§ 161 II, 131 Nr. 6 HGB a. F. der Fall war, sondern das bloße Ausscheiden des Kündigenden, §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 3 HGB.⁴⁶¹ Insoweit wurde also das

benfalls strittigen Frage der erforderlichen Mehrheit für eine solchen Zulassungsbeschluss ausführlich Michalski-Hermanns, § 55 Rn. 38 ff.; Scholz-Priester, § 55 Rn. 39 ff.; Roth/Altmeppen-Roth, § 55 Rn. 18 ff.; Hachenburg-Ulmer, § 55 Rn. 39 ff.; MünchHandbuchGmbH-Wegmann, § 53 Rn. 15 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann, § 55 Rn. 26 ff.; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 55 Rn. 12 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. hierzu ausführlich Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 24.

⁴⁵⁶ BGH, Urteil vom 11.7.1988, WM 1988, 1447, 1448; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 379; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 51 a Rn. 6; Michalski-Römermann, § 51 a Rn. 25 ff., 41; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 24 Rn. 63 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.d); Scholz-Karsten Schmidt, § 51 a Rn. 19, 53; MünchHandbuchKG-Weipert, § 11 Rn. 11 f.; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 51 a Rn. 10 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen; a. A. hinsichtlich der Angelegenheiten auch der KG Binz, GmbH & Co., § 7 Rn. 83; Bitter, ZIP 1981, 825, 830 f.

⁴⁵⁷ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 56 IV.1.d).

⁴⁵⁸ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 4.

⁴⁵⁹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 III.3.a); vgl. ausführlich oben Fn. 184. Zulässig wäre allerdings, die GmbH & Co. KG nur auf bestimmte Zeit abzuschließen, mit der Folge, dass das ordentliche Kündigungsrecht ausgeschlossen ist. Als Orientierungsgrenze können 30 Jahre angeführt werden, vgl. BGH, Urteil vom 19.1.1967, WM 1967, 315, 316; MünchKomm-Ulmer, § 723 Rn. 47. Nur ein zeitlich unbegrenzter Ausschluss des Kündigungsrechts ist von dem Verbot erfasst. Ebenso unzulässig ist es, das Kündigungsrecht dadurch auszuschließen, dass Voraussetzung der Ausübung ein Gesellschafterbeschluss ist oder das Kündigungsrecht an ein anderes Ereignis gekoppelt wird, auf dessen Eintritt der Gesellschafter keinen Einfluss hat, vgl. Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 9; § 8 Rn. 36; MünchKomm-Ulmer, § 723 Rn. 50.

⁴⁶⁰ Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22.6.1998 (Handelsrechtsreformgesetz, HRefG), BGBl. I, S. 1474.

⁴⁶¹ Insoweit jedenfalls besteht daher kein Regelungsbedarf mehr, da die gesetzliche Regelung nunmehr dem Interesse der Gesellschafter entspricht. Folge ist dann nur das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters und die Fortsetzung der Gesellschaft unter den Übrigen. Für so genannte Fortsetzungsklauseln, die nach der alten Rechtslage erforderlich waren, um bei Kündigung eine Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaften in Abweichung von der gesetzlichen Folge der Auflösung der Gesellschaft zu erreichen, besteht daher weitgehend kein Bedarf mehr, Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 79. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Gesellschafter – etwa für den Fall, dass sie zur Aufbringung der Abfindungssumme nicht im Stande sind – die Möglichkeit der Gesellschaftsauflösung vorbehalten wollen, Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 11. Etwas anderes gilt auch für den Sonderfall der Kündigung durch

ursprüngliche Regel-Ausnahme Verhältnis umgekehrt, so dass nicht mehr die Auflösungskündigung, sondern die Austrittskündigung mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung gesetzlicher Regelfall ist.⁴⁶² Der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters wächst seinen Mitgesellschaftern nach §§ 161 II, 105 III HGB i.V.m. 738 I 1 BGB an.

Da den Gesellschaftern aber daran gelegen ist, die Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften auf identische Gesellschafter zu verteilen, muss die nach dem Gesetz bestehende Rechtslage auf die Bedürfnisse der Gesellschafter ausgerichtet werden. Ansonsten bestünde die Möglichkeit, dass ein Gesellschafter aus der KG ausscheidet ohne gleichzeitig auch seine Stellung als GmbH-Gesellschafter zu verlieren. Folge wäre eine nicht beabsichtigte Durchbrechung der Beteiligungsstruktur.

b) Austritt aus der KG im Wege der außerordentlichen Kündigung

Gesetzlich geregelt ist auch für die Personenhandelsgesellschaften mit der Bestimmung des § 132 HGB⁴⁶³ – ganz im Gegensatz zur Rechtslage in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁴⁶⁴ (vgl. § 723 I 2 BGB) – nur die ordentliche Kündigung, nicht dagegen ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund.⁴⁶⁵ Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht aus § 131 III 1 Nr. 3 HGB, da diese Bestimmung nicht die Zulässigkeit der Kündigung regelt, sondern vielmehr die Rechtsfolgenseite einer Kündigung kodifiziert, mithin gerade voraussetzt, dass der Gesellschafter bereits wirksam gekündigt hat.⁴⁶⁶

Zwar hat mit der Bestimmung des § 314 BGB nunmehr auch die Rechtsprechung zum außerordentlichen Kündigungsrecht in Dauerschuldverhältnissen eine generelle Kodifizierung erfahren. § 314 BGB ist für alle Dauerschuldverhältnisse anwendbar, die ab dem 1.1.2002 geschlossen wurden, Art. 229 § 5 Satz 1. Ab dem 1.1.2003 findet § 314 auch auf alte Schuldverhältnisse Anwendung, Art. 229 § 5 Satz 2. Ein außerordentliches Austrittsrecht setzt einen wichtigen Grund voraus, der dazu führt, dass mindestens einem Gesellschafter jeder Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar ist. Der Austritt erfolgt dann in der Regel durch eine Kündigungserklärung gegenüber der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern.⁴⁶⁷ Die gesellschaftsvertragliche Einräumung eines außerordentlichen Austrittsrechts im Sinne des § 314 BGB steht aber im Spannungsverhältnis zu der Bestimmung des § 133 HGB, die für den Fall des Vorliegen eines wichtigen Grundes die Erhebung einer Klage vorsieht, bei deren Erfolg das Gericht die Auflösung der Gesellschaft anordnet. Es stellt sich somit die Frage, inwieweit die Möglichkeit einer außerordentlichen so genannten Austrittskündigung⁴⁶⁸ gegeben ist, da § 314 BGB bzw. die Grundsätze der Rechtsprechung zur Kündigung aus wichtigem Grund nur dann anwendbar ist, wenn keine spezialgesetzliche Bestimmung existiert.⁴⁶⁹

Es ist sicherlich die Auflösungsklage nach § 133 HGB Ausfluss des allgemeinen Rechtsgedankens, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gelöst werden können.⁴⁷⁰ Im Gegensatz zur sonstigen Rechtslage im BGB – vor allem zu § 723 I 2 BGB – tritt jedoch bei den Personenhandelsgesellschaften nicht das Recht zur außerordentlichen Kündigung an die Stelle der im allgemeinen Schuldrecht vom Gesetz entweder automatisch vorgeschriebenen oder durch Rücktritt eines Vertragspartners herbeigeführten Auflösung des Schuldverhältnisses,⁴⁷¹ sondern es ist hierfür vielmehr – jedenfalls nach dem Gesetz – eine Gestaltungsklage erforderlich. Man muss sich aber die Frage stellen, ob diese Sichtweise dem durch die Neufassung des § 131 HGB im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes vollzogenen Sinnwandel genügend Rechnung trägt.

aa) § 133 HGB als Regelung der außerordentlichen Kündigung

Vor allem zur alten Rechtslage, nach der die Kündigung gemäß § 131 Nr. 6 Alt. 1 HGB mangels gegenteiliger Regelung zur Auflösung der Gesellschaft führte, überwiegend aber auch zur neuen Rechtslage wurde bzw. wird vertreten, dass die außerordentliche Kündigung in §§ 131 I Nr. 4, 133 HGB in dem Sinne geregelt ist, dass sie

die Komplementär-GmbH als einzig persönliche haftender Gesellschafterin, vgl. zum Sonderfall des Wegfalls des einzigen Komplementärs ausführlich unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210**.

⁴⁶² *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.a); zur Terminologie: Es ist zu differenzieren zwischen einer auflösenden Kündigung, die zur Auflösung der Gesellschaft führt und damit zur Liquidation, der Austrittskündigung mit der Folge des Ausscheidens und der Abfindung des Kündigenden sowie der Ausschließungskündigung mit der Folge des Ausscheidens und der Abfindung des Kündigungsempfängers. Im zweiten Fall erklärt der Gesellschafter selbst seinen Austritt während er im letzten Fall sozusagen „hinausgetreten wird“, vgl. Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 8; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.a); Scholz -*Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 77.

⁴⁶³ Die Kündigungsregelungen für die OHG finden über § 161 II auch für die KG Anwendung, was im Folgenden stillschweigend vorausgesetzt wird.

⁴⁶⁴ GbR.

⁴⁶⁵ *Habersack*, in: Reform des Handelsstandes, S. 73, 92; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 12; MünchHandbuchKG-Piebler, § 36 Rn. 9; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.c).

⁴⁶⁶ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.a).

⁴⁶⁷ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 12.

⁴⁶⁸ Vgl. zur Terminologie oben Fn. 462.

⁴⁶⁹ *Bamberger/Roth-Grüneberg*, § 314 Rn. 3; *Palandt-Heinrichs*, § 314 Rn. 4; *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring-Krebs*, § 314 Rn. 2, 10.

⁴⁷⁰ *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 133 Rn. 1; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 133 Rn. 1; dieser Grundsatz ist trotz unterschiedlicher Formulierungen weitgehend unstrittig, vgl. *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 89; ders., WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 52.

⁴⁷¹ Vgl. *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 52.

durch Gestaltungsklage zu erfolgen hat und die Auflösung der Gesellschaft bewirkt.⁴⁷² § 133 HGB wäre dann *lex specialis* zu § 314 BGB.

bb) Nebeneinander von Auflösungsklage und Kündigung aus wichtigem Grund

Nach anderer Auffassung besteht die Kündigungsmöglichkeit neben § 133 HGB. Es darf nicht übersehen werden, dass nach § 131 Nr. 6 HGB a. F. die Kündigung zur Auflösung der Gesellschaft führte. Ausgangspunkt für die Annahme, die außerordentliche Kündigung sei letztlich durch § 133 HGB kodifiziert, waren denn auch Überlegungen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Die Befürworter dieser Auffassung erblickten in § 133 HGB den Willen des Gesetzgebers, durch eine gerichtliche Entscheidung eine klare Rechtslage zu schaffen, vergleichbar der Rechtslage im Falle der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 HGB) und der Vertretungsmacht (§ 127 HGB) sowie im Falle des Ausschlusses eines Gesellschafters (§ 140 HGB), da die Gesellschafter genau wissen müssen, ob die Gesellschaft noch besteht oder nicht.⁴⁷³

Nach der neuen Rechtslage hat jedoch der Gesetzgeber in § 131 III HGB den Austrittsfolgen Vorrang vor den Auflösungsfolgen eingeräumt, insbesondere auch im Falle der Kündigung der Gesellschaft, § 131 III 1 Nr. 3 HGB. Daneben wirkt die Bestimmung des § 133 HGB, die im Sinne des ursprünglichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Auflösung den Vorrang einräumt, wie ein Fremdkörper im neuen System des HGB.⁴⁷⁴ Es wird daher aus der Tatsache, dass die ordentliche Kündigung nurmehr zum Ausscheiden des Gesellschafters führt, gefolgert, dass damit erst recht eine außerordentliche Kündigung, welche in der Regel nur das Ausscheiden des Gesellschafters zur Folge hat, zulässig sein und der *ultima ratio* Auflösung der Gesellschaft nach § 133 HGB zur Seite gestellt werden muss.⁴⁷⁵

cc) Stellungnahme

Zu klären ist im Folgenden letztlich, ob die Neuregelung des § 131 HGB und die daraus resultierende Bevorzugung der Ausscheidensfolgen vor den Auflösungsfolgen in der Tat ausschlaggebend für die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung sind, oder ob die Lösung der Problematik nicht vielmehr in der Mitte zwischen beiden soeben geschilderten Ansichten zu finden ist.

(1) Grundsätzlich anerkannte Fälle eines außerordentlichen Austrittsrechts

Es bietet sich für eine Stellungnahme an, zunächst auf diejenigen Fälle einzugehen, in denen auch Rechtsprechung und h. M. dem Gesellschafter ein außerordentliches Kündigungsrecht zugestehen wollen. So ist bei Publikumsgesellschaften⁴⁷⁶ anerkannt, dass dem durch arglistige Täuschung zum Beitritt veranlassten Kommanditisten auch ohne besondere gesellschaftsvertragliche Grundlage im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Recht zur fristlosen außerordentlichen Kündigung mit Wirkung des sofortigen Ausscheidens aus der fortbestehenden Gesellschaft ohne Klage nach § 133 HGB zusteht.⁴⁷⁷ Die erklärte Anfechtung des Beitritts zur Publikumsgesellschaft wird dabei in eine Kündigung aus wichtigem Grund umgedeutet.⁴⁷⁸ Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass der durch arglistige Täuschung zum Beitritt veranlasste Kommanditist aufgrund der Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft bzw. zum fehlerhaften Beitritt nicht zur Anfechtung mit *ex tunc* Wirkung berechtigt,⁴⁷⁹ sondern auf die Auflösungsklage nach § 133 HGB oder Ausschließungsklage nach § 140 HGB ohne Austrittsrecht aus wichtigem Grund zu verweisen ist.⁴⁸⁰ Dies entspräche jedoch nicht den Interessen der nur kapitalmäßig beteiligten Anlagegesellschafter in der Publikumsgesellschaft, woraus auf die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung geschlossen wird.⁴⁸¹

⁴⁷² BGH, Urteil vom 3.10.1957, WM 1957, 1406, 1407; Urteil vom 19.12.1974, BGHZ 63, 338, 345; Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 162 f.; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 133 Rn. 1; Habersack, Reform des Handelsstandes, S. 73, 92; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 106 f.; Hueck, Gesellschaftsrecht, § 17 I.4., 5.; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 12; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 1; MünchHandbuchGmbH-Piebler, § 67 Rn. 8.

⁴⁷³ Hueck, Gesellschaftsrecht, § 17 I.5.

⁴⁷⁴ Baumbach/Hopt, HGB, § 133 Rn. 1.

⁴⁷⁵ So Baumbach/Hopt, HGB, § 133 Rn. 1; Röhricht, in FS Kellermann, S. 361, 379; Wiedemann, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 52.

⁴⁷⁶ Vgl. hierzu Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 a Rn. 10; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 25 ff.

⁴⁷⁷ BGH, Urteil vom 14.12.1972, WM 1973, 863, 864 f.; Urteil vom 19.12.1974, BGHZ 63, 338, 345 ff.; Urteil vom 27.2.1975, NJW 1975, 1700, 1701; Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 162 f.; Urteil vom 28.11.1977, NJW 1978, 376, 378; Urteil vom 11.12.1978, NJW 1979, 765; Urteil vom 17.11.1980, WM 1981, 452; OLG Hamm, Urteil vom 7.3.1977, NJW 1978, 225; OLG Celle, Urteil vom 20.1.1999, ZIP 1999, 1128, 1130; Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 a Rn. 58; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 111; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 107, 193; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 14 f.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 1; MünchHandbuchKG-Piebler, § 36 Rn. 9.

⁴⁷⁸ BGH; Urteil vom 27.2.1975, NJW 1975, 1700, 1701.

⁴⁷⁹ BGH, Urteil vom 14.12.1972, WM 1973, 863, 864; Urteil vom 18.1.1988, WM 1988, 418, 419; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 111.

⁴⁸⁰ BGH, Urteil vom 30.3.1967, BGHZ 47, 293, 300; Urteil vom 19.12.1974, BGHZ 63, 338, 345; OLG Hamm, Urteil vom 7.3.1977, NJW 1978, 225; Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177 a Rn. 58; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 105 Rn. 196 f.; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 111; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 361.

⁴⁸¹ Vgl. BGH, Urteil vom 19.12.1974, BGHZ 63, 338, 345 ff.

Gleiches gilt auch zum Schutz überstimmter Minderheitsgesellschaft im Falle wesentlicher Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses.⁴⁸² Die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung entfällt erst dann, wenn der Gesellschaftszweck nicht mehr erreicht werden kann, da dann alle Gesellschafter gleichermaßen betroffen sind,⁴⁸³ sowie allgemein mit der Auflösung der Gesellschaft, um eine möglichst reibungsfreie Liquidation zu gewährleisten.⁴⁸⁴

(2) Anerkennung und Beschränkung eines generellen außerordentlichen Austrittsrechts hinsichtlich Fällen fehlerhaften Beitritts

Einleuchtend ist, dass das Institut der außerordentlichen Kündigung bei einer Publikumsgesellschaft besonders unentbehrlich ist, wäre es doch mit dem Gepräge einer Massengesellschaft unvereinbar, einen rein kapitalmäßig beteiligten Gesellschafter auf die Auflösungsklage zu verweisen oder diesen dazu auch nur zu berechtigen.⁴⁸⁵ Es stellt sich freilich die Frage, ob dies ein Spezifikum der Publikumsgesellschaft ist. Man darf nicht übersehen, dass der Gesellschafter bei einem fehlerhaften Beitritt auch in der „normalen“ KG an einer schnellstmöglichen Beendigung seiner Mitgliedschaft interessiert sein wird, so dass die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung jedenfalls auf sämtliche Fälle eines fehlerhaften Beitritts zu erweitern ist.⁴⁸⁶

Darüber hinaus dürfte allerdings eine generelle Zulassung der außerordentlichen Kündigung auch ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage neben der Gestaltungsklage nach § 133 HGB zu weit gehen. So ist zwar auch für die „normale“ KG anerkannt, dass sich über eine ergänzende Vertragsauslegung ein Gestaltungsrecht ergeben kann, vor allem dann, wenn der Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder der Beitritt aufgrund arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung erfolgte und dem betroffenen Gesellschafter nicht zuzumuten ist, bis zum Eintritt der Rechtskraft eines Gestaltungsurteils abzuwarten.⁴⁸⁷ Aus dieser Ausnahme kann indes kein Argument für ein generelles außerordentliches Austrittsrecht gewonnen werden. Zum einen handelt es sich eben gerade um eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme, da Fälle des fehlerhaften Beitritts betroffen sind. Zum anderen ist auch der zugrunde liegende Sachverhalt nicht mit der hier diskutierten Problematik identisch, geht es doch gerade um Fälle, in denen durch eine Gestaltungserklärung die Auflösung bzw. der Ausschluss oder die Übernahme (§ 140 I, 1, 2 HGB) als generelle Rechtsfolge des fehlerhaften Beitritts herbeigeführt wird, während es hier um Fälle des einseitigen Austritts unter Fortbestand der Gesellschaft geht.⁴⁸⁸

Gegen eine generelle Zulassung der außerordentlichen Kündigung spricht auch der Gedanke der Rechtssicherheit: Der praktische Unterschied zwischen der Kündigung des Gesellschafters und der Gestaltungsklage nach § 133 HGB ist nämlich darin zu sehen, dass die Wirksamkeit einer Kündigung Gefahr läuft, jahrelang, nämlich bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über eine erhobene Feststellungsklage, umstritten zu sein, während der Gestaltungsgrund im Rahmen einer Gestaltungsklage vorweg geprüft wird. Im Gegensatz zur Kündigung wird auf diese Weise präventiv möglicher Schaden im Vorfeld vermieden. Während die Kündigung häufig nachfolgende – eventuell langwierige – Prozesse erst auslöst, ist die Reihenfolge im Rahmen des § 133 HGB gerade umgekehrt: Es kommt zunächst zum Prozess und erst dann zur Gestaltung.⁴⁸⁹

(3) Gerichtliche Anordnung des Ausscheidens als Ausfluss des ultima ratio Gedankens

Die Ausführungen oben mögen freilich die Tatsache, dass sich § 133 HGB nach wie vor Systemwidrigkeit vorwerfen lassen muss, nicht gänzlich widerlegen, ist die Rechtsfolge des § 133 HGB doch die Auflösung der Gesellschaft. So wäre es sicherlich nahe liegend gewesen wäre, im Zuge der Handelsrechtsreform die außerordentliche Kündigung ebenfalls mit der Rechtsfolge des Ausscheidens des Gesellschafters zu kodifizieren.⁴⁹⁰ Zudem war es gerade Wille des Gesetzgebers, dem heutigen Verständnis Rechnung zu tragen, nach dem „die Personenkontinuität klar hinter die Unternehmenskontinuität“ zurücktritt, um einer vorschnellen Zerschlagung wirtschaftlicher Vermögenswerte entgegenzuwirken.⁴⁹¹ Mit diesem das HRefG prägenden gesetzgeberischen Gedanken der Unternehmenskontinuität als Auslegungshilfe kann jedoch auch bei Anwendung des § 133 HGB der Wille des Gesetzgebers verwirklicht werden, indem man zwar am Erfordernis der Erhebung einer Gestaltungsklage festhält, dem Gericht aber die Alternative einräumt, anstelle der Auflösung der Gesellschaft das Ausscheiden des einzelnen Gesellschafters auszusprechen und konsequenterweise in Analogie zu § 133 HGB auch eine hierauf gerichtete Klage zulässt, wenn etwa nur einem der Gesellschafter der weitere Verbleib in der Gesellschaft unzu-

⁴⁸² BGH, Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 167; Urteil vom 13.3.1978, BGHZ 71, 53, 60 f.; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 167, 193.

⁴⁸³ BGH, Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 163; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 15.

⁴⁸⁴ BGH, Urteil vom 11.12.1978, NJW 1979, 765; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 15; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.d).

⁴⁸⁵ BGH, Urteil vom 19.12.1974, BGHZ 63, 338, 345; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.d).

⁴⁸⁶ Vgl. Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 39, 107; Sudhoff-Höstel, Personengesellschaften, 2. Teil. M Rn. 6; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 15; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.d).

⁴⁸⁷ BGH, Urteil vom 30.3.1967, BGHZ 47, 293, 301 f.; Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 88; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 197; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 362; kritisch hierzu aus Gründen der Rechtssicherheit Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 219.

⁴⁸⁸ BGH, Urteil vom 30.3.1967, BGHZ 47, 293, 301 f.; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 362.

⁴⁸⁹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 52 III.4.a); ders., JuS 1986, 35, 36.

⁴⁹⁰ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 1.

⁴⁹¹ Vgl. Begründung RegE HRefG BT-Ds. 13/8444, S. 41 f.

mutbar ist.⁴⁹² Dies ist letztlich Ausfluss des ultima ratio Gedankens, der gerade bei der Auflösungsklage eine gewichtige Rolle spielt. Die Auflösung ist für den Kläger zwar das minder einschneidende Mittel, weil er am Liquidationserlös teilhat und nicht auf eine vertragsmäßige Abfindung angewiesen ist. Für die Gesellschaft und die Mitgesellschafter ist sie jedoch das einschneidendere Mittel, weil sie zur Liquidation derselben führt.⁴⁹³ Aus diesem Grund kommt die Auflösung nur dann in Betracht, wenn keine weniger einschneidenden, dem die Auflösung begehrenden Gesellschafter gleichwohl zumutbaren Maßnahmen als Abhilfe ausreichen.⁴⁹⁴ Hierunter kann auch das bloße Ausscheiden subsumiert werden. Das Gericht hat dann in geeigneten Fällen die Möglichkeit, das Ausscheiden des Klägers als milderes Mittel zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit aussprechen.⁴⁹⁵ Es darf freilich nicht übersehen werden, dass der betroffene Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern auch auf ein solches Austrittsrecht verwiesen werden kann, wenn nachvollziehbare Gründe gegen die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft sprechen und ihm insbesondere angesichts einer vollwertigen Abfindung keine entscheidenden Nachteile drohen.⁴⁹⁶

Eine weitergehende Übertragung der für die Publikumsgesellschaft geltenden Grundsätze durch die Bejahung der generellen Möglichkeit einer zum Ausscheiden führenden Kündigung aus wichtigem Grund, dürfte wohl die Grenzen einer zulässigen Gesetzesauslegung überschreiten und ist daher abzulehnen.⁴⁹⁷

dd) Vertragsgestaltung

Wenn auch nach der hier vertretenen Auffassung ein generelles außerordentliches Austrittsrecht abzulehnen ist, so darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein solches Recht auch für Fälle, die nicht den fehlerhaften Beitritt zur Gesellschaft betreffen, nicht per se ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung besteht dann zwar nicht neben der Gestaltungsklage nach § 133 HGB. Die gesellschaftsvertragliche Gestaltungsfreiheit eröffnet aber die Möglichkeit, den Gesellschaftern ein außerordentliches Austrittsrecht aus wichtigem Grund anstelle⁴⁹⁸ der Gestaltungsklage nach § 133 HGB einzuräumen. Die Gesellschafter haben nicht nur die Möglichkeit, im Wege einer verfahrensrechtlichen Erleichterung – § 133 III HGB steht schon deshalb nicht entgegen, weil diese Bestimmung ihrem Sinn und Zweck nach nicht gegen Erleichterungen gerichtet ist⁴⁹⁹ – anstelle einer Auflösungsklage eine, auf die Auflösung der Gesellschaft gerichtete, so genannte Auflösungskündigung als Gestaltungserklärung zu vereinbaren.⁵⁰⁰ Die gesellschaftsvertragliche Gestaltungsfreiheit erlaubt es ihnen vielmehr, darüber hinaus auch die Rechtsfolgen des § 133 HGB entsprechend der ordentlichen Kündigung abzubedingen.⁵⁰¹ Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts führt dann, wie auch im Falle der ordentlichen Kündigung, nach § 131 III 1 Nr. 3 HGB zum Ausscheiden des Gesellschafters.⁵⁰²

Geht es jedoch zusätzlich um die Rechtsfolgen des § 133 HGB, so läuft eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Bestimmung zumindest Gefahr, mit § 133 III HGB zu kollidieren. Die in § 133 III HGB enthaltene Wertung strahlt jedenfalls auf entsprechende Vereinbarungen aus. Dies hat zur Folge, dass die Abfindungsregelung den ausscheidenden Gesellschafter nicht benachteiligen darf, er darf mit anderen Worten nicht weniger erhalten, als ihm im Falle der Liquidation zukommen würde.⁵⁰³ Mangels besonderer Umstände muss die Abfindungsregelung zumindest im Kern der gesetzlichen Regelung entsprechen. Zulässig sind allenfalls angemessene Abschläge zum vollen (Ertrags-)Wert oder angemessene Auszahlungsmodalitäten.⁵⁰⁴

Die richtige Vertragsgestaltung muss sich an den Interessen der Gesellschafter orientieren. Es ist dabei davon auszugehen, dass die Gesellschafter ein Interesse an der Fortsetzung der Gesellschaft haben und daher die

⁴⁹² Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 16; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 1, 6; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 133 Rn. 3; vgl. auch Baumbach/Hopt, HGB, § 133 Rn. 1, die dies als Mindestforderung aufstellen, im Übrigen aber für ein generelles außerordentliches Austrittsrecht plädieren.

⁴⁹³ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 III.1.b).

⁴⁹⁴ BGH, Urteil vom 29.1.1968, WM 1968, 430, 431 f.; Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 169; Heymann-Emmerich, HGB, § 133 Rn. 6; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 7; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 133 Rn. 9. Vgl. hierzu auch unten ausführlich **3. Kapitel: I.4.c)aa), S. 221**.

⁴⁹⁵ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 6 f.

⁴⁹⁶ BGH, Urteil vom 21.10.1985 – II ZR 57/85, BB 1986, 421; KG, Urteil vom 17.2.1999, NZG 1999, 1055, 1057; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 16.

⁴⁹⁷ Habersack, Reform des Handelsstandes, S. 73, 92; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 6.

⁴⁹⁸ Die Auflösungsklage ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen möglich, vgl. hierzu unten **3. Kapitel: I.4.c)aa)(2), S. 221**.

⁴⁹⁹ Heymann-Emmerich, HGB, § 133 Rn. 21; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 40.

⁵⁰⁰ BGH, BGH, Urteil vom 3.10.1957, WM 1957, 1406, 1407; Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 32/59, BGHZ 31, 295, 300; Urteil vom 30.3.1967, BGHZ 47, 293, 302; Baumbach/Hopt, HGB, § 133 Rn. 18; Heymann-Emmerich, HGB, § 133 Rn. 22; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 133 Rn. 24; Hueck, § 25 V.2.; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 133 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 44.

⁵⁰¹ Baumbach/Hopt, HGB, § 133 Rn. 19; Heymann-Emmerich, HGB, § 133 Rn. 22; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 133 Rn. 22; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 660; Hueck, § 25 V.1.b); Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 13; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 133 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 46; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 133 Rn. 67; Westermann, Personengesellschaftsrecht Rn. I 655.

⁵⁰² Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 131 Rn. 24; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 50. Im Falle einer Kündigung durch die Komplementär-GmbH hat deren Ausscheiden besondere Konsequenzen, die im Zusammenhang mit der Liquidation zu berücksichtigen sind, vgl. unten **3. Kapitel: I.4.a)cc), S. 218**.

⁵⁰³ Binz, GmbH & Co., § 8 Rn. 38; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 133 Rn. 22; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 46 i.V.m. § 131 Rn. 126 m.w.N.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 133 Rn. 71; Westermann, Personengesellschaftsrecht Rn. I 655; vgl. auch BGH, Urteil vom 21.10.1985 – II ZR 57/85, BB 1986, 421.

⁵⁰⁴ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 126.

Möglichkeiten des einzelnen Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu erreichen, so weit wie möglich einschränken wollen. Dem wird eine Vertragsgestaltung gerecht, die anstelle des § 133 HGB ein außerordentliches Austrittsrecht gegen Abfindung vorsieht. Über die Abfindung wird zugleich den Interessen des betroffenen Gesellschafters Rechnung getragen, der auf diese Weise grundsätzlich das erhält, was ihm auch bei Liquidation der Gesellschaft infolge Auflösung zustehen würde.⁵⁰⁵

ee) Klauselformulierung

Die Austrittsmöglichkeit aus der KG muss gesellschaftsvertraglich etwa folgendermaßen geregelt werden:

§ 17 Dauer/Kündigung⁵⁰⁶

- (1) Die Gesellschaft besteht auf unbestimmte Zeit.
- (2) Jeder Gesellschafter kann mit einer Frist von 6 Monaten auf den Schluss des Kalenderjahres die Gesellschaft kündigen. Die Gesellschaft kann erstmals zum 31.12...gekündigt werden.
- (3) Daneben besteht die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist.
- (4) Die Kündigung hat durch eingeschriebenen Brief an die Komplementärin zu geschehen, die die übrigen Gesellschafter unverzüglich hiervon zu unterrichten hat. Kündigt die Komplementärin, ist die Kündigung an alle übrigen Gesellschafter zu richten. Für die Rechtmäßigkeit der Kündigung ist der Zugang der Erklärung maßgebend.
- (5) Die Kündigung führt nicht zur Auflösung der Gesellschaft. Der Kündigende scheidet vielmehr in den Fällen des Absatz 2 mit Ablauf der Kündigungsfrist und in den Fällen des Absatz 3 mit Zugang des Kündigungsschreibens aus der Gesellschaft aus. Kündigt die Komplementärin, so ist in den Fällen des Absatz 3 der Zugang beim letzten Gesellschafter maßgeblich.
- (6) Scheidet der Gesellschafter durch Kündigung aus der Gesellschaft aus, erhält er als Abfindung den Verkehrswert der Beteiligung.⁵⁰⁷
- (7) Im Übrigen findet für den Fall der Kündigung durch einen Kommanditisten § 16 Absätze 1 bis 5 sowie 6 Sätze 1 bis 4,⁵⁰⁸ für den Fall der Kündigung durch die Komplementärin § 25⁵⁰⁹ Anwendung.

c) Austritt aus der Komplementär-GmbH

Das GmbHG selbst sieht kein Kündigungsrecht vor.⁵¹⁰ GmbH Gesellschafter können bei einer Mindestkapitalbeteiligung von 10 % auf Auflösung der Gesellschaft klagen, wenn in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende wichtige Gründe dies rechtfertigen, §§ 61 I, II GmbHG. Daneben besteht für den Fall der gesellschaftsvertraglich vereinbarten unbeschränkten Nachschusspflicht, im Falle der Nachforderung für den betroffenen Gesellschafter die Möglichkeit, seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, § 27 GmbHG.⁵¹¹ Es besteht für die Gesellschafter allenfalls das Recht, im Einvernehmen mit den Mitgesellschaftern auszuscheiden, solange keine Gläubigerinteressen tangiert werden.⁵¹² Nicht einmal dieser Fall ist allerdings vom Gesetz vorbedacht, kennt doch das GmbH-Recht keine Anwachsung im Sinne des § 738 I BGB.⁵¹³ Erst recht kennt das Gesetz daher keinen einseitigen Austritt.⁵¹⁴ Diese eingeschränkte Möglichkeit, aus der Gesellschaft wieder auszuscheiden, ist

⁵⁰⁵ Vgl. zu einer entsprechenden Vertragsklausel Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 20 I 3; Hopt-Volhard, Form II.E.2., § 10 II 2.

⁵⁰⁶ Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 20; § 66 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 19; Hopt-Volhard, Form II.E.2., § 10.

⁵⁰⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.b)dd), S. 50.

⁵⁰⁸ Vgl. unten 2. Kapitel: V.1.c)ee), S. 152.

⁵⁰⁹ Vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)cc), S. 218.

⁵¹⁰ Eine Art Austrittsrecht sieht allerdings das UmwG bei bestimmten Strukturmaßnahmen vor. So hat bei Verschmelzung der GmbH auf einen Rechtsträger anderer Rechtsform, der übernehmende Rechtsträger den widersprechenden Gesellschaftern den Erwerb ihrer Anteile gegen angemessene Barabfindung anzubieten, § 29 I 1 UmwG. Gleiches gilt in den Fällen des § 29 I 2 UmwG. Diese Grundsätze finden auch bei der Aufspaltung (§§ 123 I, 125, 1, 29 UmwG), der Abspaltung (§§ 123 II, 125, 1, 29 UmwG) sowie der Vermögensübertragung (§§ 176 I, 177 I UmwG) Anwendung. Entsprechendes gilt für die widersprechenden Gesellschafter auch bei einem Wechsel der Rechtsform, § 207 I UmwG.

⁵¹¹ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 19 – sog. Preisgabe- oder Abandonrecht; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 27 Rn. 1; Michalski-Zeidler, § 27 Rn. 1.

⁵¹² OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996, GmbHR 1996, 609, 610; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 29; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.

⁵¹³ Eine Anwachsung wie im Recht der Personengesellschaften ist im Recht der Kapitalgesellschaften ausgeschlossen, was auf die unterschiedliche Gesellschaftsstruktur zurückzuführen ist. Während die Personengesellschaften auf einer vom Willen der Gesellschafter abhängigen vertraglichen Verbindung mehrerer Personen beruhen, ist das in präzise Anteile zerlegbare Kapital das Wesenselement der Kapitalgesellschaften. Das Stammkapital ist gerade die Summe der einzelnen Stammeinlagen. Die Gesellschaftsanteile können bei Letzteren gerade nicht durch Eintritt bzw. Austritt aus der Gesellschaft aus dem Nichts entstehen bzw. sich ins nichts auflösen, Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a), § 35 IV.3.d).

⁵¹⁴ MünchHandbuchKG-Piebler, § 36 Rn. 2 für die KG; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.

nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das Gesetz hierfür den Weg der Anteilsveräußerung zur Verfügung stellt, § 15 I GmbHG.⁵¹⁵

aa) Ordentliches Austrittsrecht

(1) Allgemein anzuerkennendes ordentliches Austrittsrecht

Gerade weil die Geschäftsanteile häufig nach § 15 V GmbHG vinkuliert sind,⁵¹⁶ mithin die Übertragungsmöglichkeit eingeschränkt ist, stellt sich die Frage, ob dem GmbH-Gesellschafter nicht ein generelles Austrittsrecht, auch ohne gesellschaftsvertragliche Einräumung, zusteht.

Diese Frage ist nach wie vor umstritten. Es finden sich in der Literatur zahlreiche Stimmen, die – allerdings mit Abweichungen in der Begründung und Reichweite – ein allgemeines Austrittsrecht entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 723, 724 BGB, 132, 134 HGB bzw. unter Rückgriff auf § 39 BGB anerkennen wollen. Ausgangspunkt sind dabei die Überlegungen von *Teichmann*, dass dem ordentlichen Kündigungsrecht in der GmbH zwar grundsätzlich durch die Möglichkeit der Anteilsübertragung Rechnung getragen ist, dieses System aber dann nicht mehr funktioniere, wenn die Satzung die Veräußerungsmöglichkeit durch eine Genehmigungsbedürftigkeit erschwert. Für diesen Fall müsse die ordentliche Kündigung möglich sein.⁵¹⁷ Ausgehend davon will *Roitzsch* ein „Wiederaufleben“ der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit auf die Fälle des vollständigen Ausschlusses der Übertragbarkeit des Geschäftsanteils beschränken und im Falle der Anteilsvinkulierung und Zustimmungsverweigerung übereinstimmend mit *Wiedemann*⁵¹⁸ lediglich einen Austritt aus wichtigem Grund zulassen, dies allerdings automatisch und unabhängig von einer entsprechenden Satzungsbestimmung.⁵¹⁹ Teils wird die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung nur dann in Betracht gezogen, wenn sich die Gesellschaftermehrheit unter Ausnutzung einer entsprechenden Vertragsbestimmung einer Veräußerung des Anteils ohne sachliche Gründe widersetzt.⁵²⁰

Weitergehend sieht *Reuter* das Recht zur ordentlichen Kündigung als Grundvoraussetzung dafür an, dass der einzelne Gesellschafter „seinem Urteil über die richtige Verwendung seiner ökonomischen Mittel folgen“ kann.⁵²¹ Im Anschluss daran spricht sich auch *Vollmer* für ein ordentliches Kündigungsrecht aus. Der Bestandsschutz von Unternehmen dürfe nicht einseitig zu Lasten des notwendigen Individualschutzes von Minderheitsgesellschaftern ausgedehnt werden.⁵²²

Diese Überlegungen werden jedoch den gesetzgeberischen Intentionen und der Systematik des GmbHG nicht gerecht.⁵²³ Es ist vielmehr davon auszugehen, dass jeder Gesellschafter das Risiko einer faktischen Unveräußerlichkeit seines Geschäftsanteils grundsätzlich selbst trägt.⁵²⁴ Wer sich an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, weiß, dass er sich grundsätzlich nur im Wege der Anteilsveräußerung von seiner Bindung wieder lösen kann. Dies gilt auch dann, wenn die Anteilsveräußerung nach § 15 V GmbHG vinkuliert ist.⁵²⁵ Die Anerkennung eines freien Austrittsrechts würde zu einer innergesellschaftlichen Instabilität führen, da damit ein überproportionaler Zuwachs an Einfluss für die Minderheitsgesellschafter verbunden wäre, was sowohl für Mitgesellschafter als auch für drittbetroffene Personen untragbar ist.⁵²⁶ Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das GmbHG den Bestandsschutz der Gesellschaft verstärkt und eine Kündigungsmöglichkeit gerade wegen ihrer Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen als Befriedigungsobjekt und als finanzielle Grundlage der Gesellschaft nicht eingeführt hat.⁵²⁷ Der Gesetzgeber hat trotz Schaffung der Möglichkeit, die Veräußerlichkeit über eine Vinkulierung nach § 15 V GmbHG zu erschweren, von einem Ausgleich durch Gewährung eines anderweitigen Austrittsrechts abgesehen und es vielmehr den Gesellschaftern selbst überlassen, ihre Verhältnisse zu regeln.⁵²⁸ Eine andere Auffassung würde die Möglichkeit der Vinkulierung aushöhlen, da dem Gesellschafter bei Zustimmungsverweigerung immer noch die Möglichkeit bliebe, seinen Austritt zu erklären und damit den Bestand der Gesellschaft, zu deren Zweck die Vinkulierungsregelung gerade besteht, dennoch zu gefährden.⁵²⁹ Ansonsten liefe die Gesellschaft Gefahr, durch die Aufnahme einer Vinkulierungsbestimmung erpressbar zu werden, da der Gesellschafter verlangen

⁵¹⁵ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 20; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 46.

⁵¹⁶ Vgl. unten 2. Kapitel: IV.2.a)bb), S. 61.

⁵¹⁷ *Teichmann*, S. 246.

⁵¹⁸ Mitgliedschaft, S. 91.

⁵¹⁹ *Roitzsch*, Minderheitenschutz, S. 90: Er geht davon aus, dass der Austritt aus wichtigem Grund bei zweijähriger faktischer Unveräußerlichkeit automatisch vollzogen werden kann, denn dann „entsteht eine Situation, die zur Geltendmachung eines wichtigen Grundes berechtigt.“

⁵²⁰ Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 60 Rn. 59.

⁵²¹ *Reuter*, Perpetuierung, S. 396; ausführlich auch *Reuter*, GmbHR 1977, 77 ff.

⁵²² *Vollmer*, ZGR 1979, 135, 170 f.; ders., DB 1983, 93, 95 f.

⁵²³ H. M., vgl. OLG Hamm, Urteil vom 28.9.1992, GmbHR 1993, 656, 657; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 17; Hülsmann, GmbHR 2003, 198; *Martens*, GmbHR 1984, 265, 271 f.; *Müller*, Austrittsrecht, S. 39 ff, 51; *Röhrich*, in FS Kellermann, S. 361, 374 ff.; *Schindler*, S. 37 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a); *Schwerdtner*, GmbHR 1976, 101 ff.; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 46; Scholz-Winter, § 15 Rn. 118.

⁵²⁴ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 20; *Schindler*, S. 40; insoweit auch *Teichmann*, S. 245 f.

⁵²⁵ Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 46; Immenga, personalistische Kapitalgesellschaft, S. 87; Scholz-Winter, § 15 Rn. 118.

⁵²⁶ *Martens*, GmbHR 1984, 265, 272; Scholz-Winter, § 15 Rn. 118.

⁵²⁷ *Schindler*, S. 41; Scholz-Winter, § 15 Rn. 118 i.V.m. Rn. 1.

⁵²⁸ Scholz-Winter, § 15 Rn. 118; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 46.

⁵²⁹ *Schindler*, S. 42; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a); Scholz-Winter, § 15 Rn. 118; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 46.

könnte: „Entweder Ihr genehmigt die Anteilsveräußerung, oder ich kündige!“ Die Vinkulierung würde ins Gegenteil verkehrt und für Instabilität sorgen, was nicht hinnehmbar ist.⁵³⁰

(2) Gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines ordentlichen Austrittsrechts

Es ist daher Sache der Gesellschafter, durch Kündigungsklauseln ordentliche Austrittsrechte in Gesellschaftsverträgen zu begründen.⁵³¹ Es steht dann im Ermessen der Gesellschafter, inwieweit sie dazu bereit sind, die Stabilität der Gesellschaft, welche über die von ihnen gewählten Vinkulierungsbestimmungen gesichert werden soll, über die Einräumung eines ordentlichen Austrittsrechts zumindest teilweise zu entkräften. Die Harmonisierung mit den Bestimmungen des KG-Vertrages gebietet es hier, den Gesellschaftern auch, soweit ihre Stellung als GmbH-Gesellschafter betroffen ist, ein Kündigungsrecht einzuräumen. Ein solches steht auch den KG-Gesellschaftern zu und kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, §§ 161 II, 132, 105 III HGB, 723 III BGB.⁵³² Die Stabilität der Gesellschaft kann letztlich durch eine geeignete Festlegung der Rechtsfolgen gesichert werden.

Es muss auch gewährleistet sein, dass die Rechtsfolgen der Kündigung identisch sind. Würde die Kündigung eines GmbH-Gesellschafters zur Auflösung derselben führen, so wäre den Gesellschafterinteressen nicht entsprochen, da ein Auseinanderfallen der Beteiligungsstrukturen nicht verhindert werden könnte, was durch die Einräumung des Kündigungsrechts schließlich gerade erreicht werden sollte. Mangels einer § 131 III 1 Nr. 3 HGB entsprechenden Bestimmung im GmbHG ist nicht jede Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit notwendig im Sinne einer Austrittskündigung zu verstehen. Dies zeigt schon die Existenz der Bestimmung des § 60 II GmbHG. Zu denken ist auch an die Möglichkeit der auflösenden Kündigung.⁵³³ Es ist daher Vorsicht geboten und die Gesellschafter sollten hinsichtlich der Formulierung der Kündigungsklausel äußerst sorgfältig arbeiten.⁵³⁴ Dies wird umso verständlicher, wenn man sich die Konsequenzen einer nicht eindeutig formulierten Vertragsklausel vergegenwärtigt. Einigkeit besteht nämlich nur dahingehend, dass die Rechtsfolgen einer Kündigung unterschiedlich geregelt werden können und das Gewollte im Wege der Auslegung zu ermitteln ist.⁵³⁵

Nach einer verbreiteten Auffassung führt die Ausübung des Kündigungsrechts mangels entgegenstehender Vereinbarung lediglich zum Ausscheiden des Gesellschafters und nicht zur Auflösung der Gesellschaft.⁵³⁶ Nach überwiegender Meinung führt die Kündigung des Gesellschafters dagegen zur tatsächlichen Auflösung der Gesellschaft⁵³⁷, was von den Gesellschaftern gerade nicht gewollt ist. Ihnen geht es vielmehr um die Fortsetzung der GmbH durch die verbleibenden Gesellschafter. Zur Vermeidung erheblicher Rechtsunsicherheit sollte daher die Kündigungsfolge explizit im Sinne einer Austrittskündigung formuliert werden,⁵³⁸ da nur so ein Gleichlauf mit der Rechtslage in der KG gewährleistet und auch der Stabilität und dem Bestandsinteresse der Gesellschaft Rechnung getragen werden kann.

bb) Außerordentliches Austrittsrecht

War die praktische Notwendigkeit eines Austrittsrechts schon vom Reichsgericht – wenn auch nur in Fällen der Nebenleistungs-GmbH – anerkannt,⁵³⁹ kann sie heute als allgemein anerkannt angesehen werden.⁵⁴⁰ Der BGH

⁵³⁰ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a); vgl. dagegen zum Sonderfall persönlicher Nebenleistungspflichten: Für die Annahme eines ordentlichen Austrittsrechts, wenn der Gesellschafter mit der Pflicht zu Nebenleistungen belastet ist, *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 91, der jede Nebenleistungspflicht ausreichen lassen will; generell ablehnend dagegen *Schindler*, S. 38 f.

⁵³¹ *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 23; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 37; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 21; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 75; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a); *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 77; *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 66; vgl. auch BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320. Eine Ausnahme und somit die Möglichkeit der Kündigung ohne Satzungsregelung und ohne wichtigen Grund scheint auf den ersten Blick OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996, GmbHR 1996, 609, 610 anzunehmen. Da jedoch darauf abgestellt wird, dass keine Gläubigerinteressen tangiert werden und die Gesellschafterversammlung zustimmt, handelt es sich dabei um einen Fall des einverständlichen Ausscheidens, vgl. bereits oben 2. Kapitel: IV.1.c), S. 51.

⁵³² *Baumbach/Hopt*, HGB, § 132 Rn. 12, 1.

⁵³³ Vgl. zur Terminologie oben Fn. 462.

⁵³⁴ *Lutter/Hommelhoff*, § 60 Rn. 27; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 43; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a); *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 77; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 73.

⁵³⁵ *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 77; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 68.

⁵³⁶ *Fichtner*, BB 1967, 17, 18; *Fischer*, GmbHR 1955, 165, 168 f.; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. KG Rn. 99; *Hofmann*, GmbHR 1975, 217, 223; *Hülsmann*, GmbHR 2003, 198; *Lutter/Hommelhoff*, § 60 Rn. 27; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 45; *Vogel*, in FS Knur, S. 259, 266 f.; in diese Richtung wohl auch BGH, Urteil vom 2.12.1996, GmbHR 1997, 501, 502.

⁵³⁷ RG, Urteil vom 27.9.1918, RGZ 93, 326, 327; Urteil vom 25.2.1919, RGZ 95, 39, 40; Urteil vom 19.3.1926, RGZ 113, 147, 149; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 9.12.1974, BB 1975, 249, 250; Lit.: *Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut*, § 60 Rn. 21; *Meyer-Landrut*, in FS Stimpel (1985), S. 431, 434 ff.; *Michalski-Nerlich*, § 60 Rn. 329; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 60 Rn. 51; *Topf-Schleuning*, Kündigungsklauseln, S. 137 ff.; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 68 ff.; *MünchHandbuchGmbH-Weitbrecht*, § 62 Rn. 22; vgl. auch *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 77, der allerdings eine differenzierte Regelung aufstellt: Er geht zwar grundsätzlich von der Auflösung der Gesellschaft aus, grenzt dies aber ein. So soll bei Vereinbarung eines außerordentlichen Kündigungsrechts die Ausübung durch den Grundsatz der Subsidiarität begrenzt sein. Im Falle des ordentlichen Kündigungsrechts sind die Schranken des Schikaneverbots (§ 226 BGB) sowie die mitgliedschaftliche Treuepflicht zu beachten. Folge ist somit die Auflösung der Gesellschaft unter dem Vorbehalt, dass die übrigen Gesellschafter nicht die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen und den Geschäftsanteil zu diesem Zwecke übernehmen. Eine entsprechende Andienungspflicht des kündigenden Gesellschafters könne sich aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergeben, vgl. auch *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a) Rn. 151.

⁵³⁸ Diese hat als das mildere Mittel Vorrang vor einer Auflösungskündigung, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.a); vgl. zum Konkurrenzverhältnis näher unten 3. Kapitel: I.4.c)bb(2), S. 222.

⁵³⁹ Vgl. RG, Urteil vom 2.7.1926, RGZ 114, 212; Urteil vom 17.5.1929, RGZ 125, 114; Urteil vom 7.2.1930, RGZ 128, 1.

hat im Anschluss an ein obiter dictum in der Leitentscheidung vom 1.4.1953⁵⁴¹ zum Ausschluss aus wichtigem Grund in seiner Entscheidung vom 16.12.1991 endgültige Klarheit geschaffen. Demnach steht den Gesellschaftern auch ohne explizite gesellschaftsvertragliche Verankerung das Recht zu, aus der Gesellschaft auszuscheiden, wenn ihnen eine weitere Mitgliedschaft nicht mehr zumutbar ist. Zur Begründung zieht der BGH den das gesamte bürgerliche und das Handelsrecht prägenden Gedanken heran, dass niemand auf Dauer in einer für ihn unzumutbar gewordenen Bindung festgehalten werden soll. Zudem sei auf die Treuepflicht der übrigen Gesellschafter hinzuweisen.⁵⁴² Der Gesetzgeber hat diesen Grundsätzen mit der Bestimmung des § 314 BGB Rechnung getragen.⁵⁴³

Obwohl die grundsätzliche Anerkennung eines außerordentlichen Austrittsrechts kaum mehr anzuzweifeln ist, ist eine gänzlichen Klärung der Rechtslage noch nicht erreicht. An dieser Stelle hilft auch § 314 BGB nicht weiter, da der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung überwiegend nur die ständige Rechtsprechung kodifiziert hat, diese zumindest nicht ändern wollte, sondern grundsätzlich nur die faktisch bereits bestehende Rechtslage kodifizierte.⁵⁴⁴ Umstritten ist etwa,⁵⁴⁵ ob der Anwendungsbereich des außerordentlichen Austrittsrechts auch dann eröffnet ist, wenn die Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils gesellschaftsvertraglich weder ausgeschlossen noch eingeschränkt ist, sondern nur ein wichtiger Grund gegeben ist.⁵⁴⁶ Nach richtiger Auffassung setzt das Austrittsrecht voraus, dass der Gesellschaftsvertrag die Unveräußerlichkeit des Geschäftsanteils einschränkt oder ausschließt. Gelingt dem Gesellschafter ohne eine entsprechende statutarische Bestimmung die Veräußerung lediglich aus tatsächlichen Gründen nicht, so kann dies schon deshalb nicht ausreichen, weil nach der Wertung des GmbHG der Gesellschafter das wirtschaftliche Risiko der Verwertbarkeit des Geschäftsanteils grundsätzlich selbst zu tragen hat.⁵⁴⁷

cc) Rechtsfolgen der Austrittskündigung

Im Gegensatz zur Rechtslage in der Personengesellschaft sind jedoch mit der bloßen Aufnahme einer Kündigungsklausel die Anforderungen an die ordnungsgemäße Vertragsgestaltung in der GmbH noch nicht erfüllt. Da dem GmbH-Recht eine Anwachsung, fremd ist,⁵⁴⁸ besteht auch diesbezüglich Gestaltungsbedarf, da der Austritt des Gesellschafters mit anderen Worten erst noch vollzogen werden muss. Der Austritt aus der GmbH erfolgt daher zweistufig. Die Mitgliedschaft endet nicht schon mit dem Zugang der Kündigungserklärung oder mit ihrem Wirksamwerden zum Kündigungstermin.⁵⁴⁹ Vielmehr ist der Gesellschafter erst dann aus der Gesellschaft ausgeschieden, wenn sein Anteil entweder eingezogen oder dinglich wirksam übertragen worden ist. Neben der Kündigung ist somit als zweiter Akt die Abtretung (§ 15 III GmbHG) oder Einziehung (§ 34 GmbHG) des Geschäftsanteils erforderlich.⁵⁵⁰ Die Austrittserklärung bewirkt lediglich, dass die Gesellschaft berechtigt ist, Zug um Zug gegen Abfindung des Gesellschafters nach ihrer Wahl entweder den Geschäftsanteil einzuziehen oder dessen Ab-

⁵⁴⁰ BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 369 im Anschluss an BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 162 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.4.1984, BB 1984, 2015, 2016; OLG München, Urteil vom 9.6.1989, GmbHR 1990, 221; OLG Hamm, Urteil vom 28.9.1992, GmbHR 1993, 656, 657; OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996, GmbHR 1996, 609, 610; Urteil vom 26.3.1999, GmbHR 1999, 712.

Aus der Literatur: Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 60 Rn. 35; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 15; Hülsmann, GmbHR 2003, 198; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 29 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 37; Schindler, S. 44; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 44; Scholz-Winter, § 15 Rn. 114 b; es handelt sich mit Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.b), letztlich um ein „gesetzliches – freilich im Text des GmbH-Gesetzes nicht zum Ausdruck gelangtes – Austrittsrecht“.

⁵⁴¹ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 162 f.

⁵⁴² BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 369.

⁵⁴³ Vgl. zu § 314 BGB bereits oben 2. Kapitel: IV.1.b), S. 47.

⁵⁴⁴ Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring-Krebs, § 314 Rn. 1; vgl. insbesondere die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Ds. 14/6040, S. 176 f.

⁵⁴⁵ Vgl. allgemein zu den Voraussetzungen und Problemen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, ausführlich Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 15 ff.; Schindler, S. 44 ff.; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 44 ff.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 115 ff.

⁵⁴⁶ MünchHandbuchGmbH-Kort, § 29 Rn. 5; Schindler, S. 61; differenzierend OLG Hamm, Urteil vom 28.9.1992, GmbHR 1993, 656, 657.

⁵⁴⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.4.1984, BB 1984, 2015, 2016; Balz, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 113; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 27; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 15 Rn. 40; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 53; Scholz-Winter, § 15 Rn. 115, der allerdings eine Ausnahme macht, wenn der Gesellschafter mit der Pflicht zu dauernden oder zu regelmäßig wiederkehrenden Nebenleistungen von nicht nur kurzer Dauer belastet ist; hier müsse sich der Gesellschafter aufgrund der weitreichenden Bindung auch im Falle der tatsächlichen Unveräußerlichkeit befreien können, zumal die genannten Nebenleistungspflichten wie statutarische Veräußerungsbeschränkungen wirken, Scholz-Winter, § 15 Rn. 115; weitergehend dagegen Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 15 (die im Übrigen eine Einzelfallbetrachtung anstellen, vgl. sogleich), Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 91 sowie Wolany, Rechte und Pflichten, S. 100, die jede Nebenleistungspflicht ausreichen lassen. Vgl. auch Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 60 Rn. 59, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 15 sowie Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 36 die keine pauschale Entscheidung für die eine oder andere Richtung treffen, sondern vielmehr die Problematik anhand der Frage beurteilen, ob weder eine Fortsetzung der Mitgliedschaft noch eine andere Form der Beendigung derselben zumutbar und möglich ist und somit auf den Einzelfall abstellen, also letztlich das Problem erst im Zusammenhang mit der Frage behandeln, ob der Austritt aus wichtigem Grund als ultima ratio gerechtfertigt ist; sie kommen jedoch überwiegend zum hier vertretenen Ergebnis, vgl. Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 15, 18; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 38.

⁵⁴⁸ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 20; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.d); vgl. ausführlich oben Fn. 513.

⁵⁴⁹ BGH, Urteil vom 2.12.1996, GmbHR 1997, 501, 502; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.11.1996, GmbHR 1997, 171, 172; Schindler, S. 64.

⁵⁵⁰ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 322; Urteil vom 2.12.1996, GmbHR 1997, 501, 502; Beschluss vom 28.4.1997, DStR 1997, 1336, 1336 f.; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.11.1996, GmbHR 1997, 171; OLG Köln, Urteil vom 19.12.1997, GmbHR 1998, 641, 644; Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 60 Rn. 62 f.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 22; Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 199; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 40; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 90 ff.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.d); Michalski-Sosnizza, Anh. § 34 Rn. 57 f.; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 55; Scholz-Winter, § 15 Rn. 122 f., 125.

Vgl. ausführlich zur Einziehung und Abtretung unten 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

tretung zu verlangen.⁵⁵¹ Nach überwiegender Meinung bedarf die Einziehung als Folge des außerordentlichen Austritts weder einer Zulassung im Gesellschaftsvertrag noch einer Zustimmung des Austretenden.⁵⁵² Nach dem OLG Köln ist dagegen in der Kündigungserklärung zugleich die Zustimmung zur Einziehung zu sehen.⁵⁵³ Da die Rechtsfolgen jeder Kündigung generell regelungsbedürftig sind, gebietet es schon die Rechtssicherheit, eine explizite Regelung entsprechend den Anforderungen an eine Zwangseinziehung nach § 34 II GmbHG in die Satzung aufzunehmen.⁵⁵⁴

dd) Folgerungen für die Ausgestaltung der Kündigungsklausel

Um Streitigkeiten zu vermeiden und zur Sicherung der Gesellschafterinteressen sowie aus Gründen der Rechtssicherheit muss man also entsprechend dem Gesellschafterwillen bereits in der Satzung der GmbH explizit das Kündigungsrecht auf die Rechtsfolge des Austritts beschränken.⁵⁵⁵ Weil auch den Gesellschaftern der KG nach §§ 161 II, 132 HGB ein ordentliches Austrittsrecht zusteht, sollte eine dem § 132 HGB entsprechende Bestimmung auch in die Satzung der GmbH aufgenommen werden, um einen Gleichlauf zu gewährleisten. Die Aufnahme einer entsprechenden Kündigungsfrist für die GmbH bzw. deren Beibehaltung in der KG⁵⁵⁶ ist schon deshalb zu empfehlen, weil die Kündigungsfrist den Gesellschaftern die notwendige Zeit verschafft, die für den Vollzug des Austritts aus der GmbH erforderlichen Beschlüsse zu fassen.⁵⁵⁷

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist auch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung in die Satzung aufzunehmen.⁵⁵⁸ Im Hinblick auf die Rechtsfolge der Kündigung muss eine Einziehungs- und Abtretungsklausel aufgenommen werden, die für den Fall des Austritts des Gesellschafters ein Wahlrecht einräumt.⁵⁵⁹

ee) Abnahmepflicht der GmbH

Sind somit die Voraussetzungen für ein einseitiges Austrittsrecht in der Satzung verankert, so können sich dennoch Hindernisse für die Verwirklichung des Austrittswillens ergeben. Zu denken ist an Fälle, in denen sich die Gesellschaft weigert, die zweite für den Austritt erforderliche Stufe vorzunehmen, sprich, den Geschäftsanteil einzuziehen oder abzutreten. Ausgangspunkt dabei ist, dass das Wahlrecht der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Interessen des ausscheidenden Gesellschafters sowie der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zeitnah nach der Austrittserklärung, spätestens zum Austrittstermin, auszuüben ist.⁵⁶⁰ Der Kündigende hat einen durch die Austrittserklärung ausgelösten schuldrechtlichen Anspruch auf Abnahme des Geschäftsanteils durch Einziehung oder Abtretung.⁵⁶¹ Dieser folgt letztlich daraus, dass die dem ausscheidenden Gesellschafter zustehende Abfindung nur Zug um Zug gegen Abnahme des Geschäftsanteils zur Zahlung nach § 271 BGB fällig

⁵⁵¹ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 60 Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 92; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 56; Scholz-Winter, § 15 Rn. 123

⁵⁵² Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. 34 Rn. 22; Scholz-Winter, § 15 Rn. 125; im Hinblick auf das Erfordernis der Aufnahme in die Satzung ebenso Schindler, S. 64: die Begründung hierfür ist letztlich darin zu sehen, dass die Einziehung der Durchführung des zwingend garantierten Austrittsrechts dient; Michalski-Sosnitzer, Anh. § 34 Rn. 58, der ebenfalls die Zustimmung für erforderlich hält. Vgl. auch zum Ausschluss unten Fn. 1961.

⁵⁵³ OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996, GmbHR 1996, 609, 610; folgend Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 40.

⁵⁵⁴ Vgl. ausführlich zur Problematik der Einziehung und der Alternative der Abtretung des Geschäftsanteils, vor allem auch zur Möglichkeit der Abtretung durch die Gesellschafterversammlung sowie zur Abfindung und der Frage, wie es um die Rechte und Pflichten des kündigenden Gesellschafters nach der Einziehung bestellt ist, unten 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

⁵⁵⁵ Vgl. zur Formulierung einer Kündigungsklausel Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 14.

⁵⁵⁶ Es kann dabei freilich ein anderer Termin und eine kürzere Kündigungsfrist, als dies § 132 HGB vorschreibt, gewählt werden, da eine Erleichterung der Kündigung bezüglich Termin und Frist ohne weiteres – allerdings in den Grenzen der §§ 161 II, 105 III HGB, 723 II BGB – möglich ist, da nur das Kündigungsrecht selbst nach §§ 161 II, 105 III HGB, 723 III BGB zwingend ist, nicht seine Modalitäten, Baumbach/Hopt, HGB, § 132 Rn. 8; Heymann-Emmerich, HGB, § 132 Rn. 11; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 132 Rn. 9; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 132 Rn. 18. Auch eine Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist oder der Ausschluss des Kündigungsrechts für eine bestimmte Zeit oder bis zum Erreichen eines bestimmten Zweckes ist in den Grenzen des § 723 III HGB möglich, Baumbach/Hopt, HGB, § 132 Rn. 9; Heymann-Emmerich, HGB, § 132 Rn. 15; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 132 Rn. 11; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 132 Rn. 19;

⁵⁵⁷ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 69: Es ist aber nicht mehr richtig, wenn Jäger davon ausgeht, dass aufgrund der Zweistufigkeit des Austrittsverfahrens im Rahmen der GmbH ohnehin ein zumindest vorübergehend getrenntes Schicksal der Mitgliedschaften in GmbH und KG nicht verhindert werden kann. Es besteht seit dem Urteil des BGH vom 30.6.2003 (DB 2003, 2058) für sämtliche Fälle des Ausscheidens die Möglichkeit, den Zeitpunkt des Verlustes der Mitgliedschaft festzulegen, vgl. unten 2. Kapitel: IV.1.c)gg)(2), S. 59 für den Austritt, 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119 für die Einziehung und 3. Kapitel: I.3.b), S. 202 für den Ausschluss.

⁵⁵⁸ Vgl. Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 14 II.

⁵⁵⁹ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.19, § 14 II lit. d); Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 64 – Satzung der GmbH, § 14 II lit. d) i.V.m. IV; Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 13 Alternative 1, Abs. 2 lit. d) sowie Abs. 5; Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 6 III lit. c); vgl. hierzu ausführlich 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

Vgl. zur Vermeidung des zeitlichen Auseinanderfallens des Ausscheidens aus beiden Gesellschaften im Falle des außerordentlichen Austrittsrechts unten 2. Kapitel: IV.1.c)gg), S. 58.

⁵⁶⁰ Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 200.

⁵⁶¹ BGH, Urteil vom 2.12.1996, GmbHR 1997, 501, 502; OLG Brandenburg, Urteil vom 11.11.1998, GmbHR 1999, 540, 541; BayObLG, Beschluss vom 9.12.1974, BB 1975, 249, 250; Becker, Austritt, S. 182 f.; Grunewald, GmbHR 1991, 185; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 20; Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 200; Schindler, S. 64; Michalski-Sosnitzer, Anh. § 34 Rn. 58 f.; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 55, § 60 Rn. 69; Scholz-Winter, § 15 Rn. 126.

wird.⁵⁶² Des Weiteren droht bei einer fortbestehenden Mitgliedschaft die Inanspruchnahme aus der Subsidiärhaftung nach §§ 24, 31 III GmbHG.⁵⁶³

Trifft die Gesellschaft ihre Wahl nicht, so kann der Gesellschafter nach überwiegender Meinung nach § 264 II BGB vorgehen.⁵⁶⁴ Statt dessen kann der kündigende Gesellschafter, wenn die Gesellschaft den Geschäftsanteil nicht innerhalb einer den Umständen angemessenen Frist abnimmt, in Fortbildung des § 61 GmbHG, unabhängig von den Voraussetzungen dessen Abs. 1 und 2 S. 2, Auflösungsklage gegen die Gesellschaft erheben.⁵⁶⁵

Die Auflösungsklage hat jedoch nach überwiegender Auffassung dann einer Klage auf Zahlung der Abfindung,⁵⁶⁶ innerhalb derer die Wirksamkeit der Austrittserklärung gerichtlich zu klären ist, zu weichen, wenn die Abfindung aus Mitteln geleistet werden kann, die nicht der Kapitalbindung unterliegen, die Auszahlung jedoch von der Gesellschaft gleichwohl verzögert wird.⁵⁶⁷ Es wird allerdings die Abfindung grundsätzlich erst mit der Abnahme, also der Einziehung oder Abtretung fällig.⁵⁶⁸ Eine Klage auf eine erst noch fällig werdende Abfindung ist aber grundsätzlich nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 259 ZPO möglich.⁵⁶⁹ Erforderlich ist daher, den ausscheidenswilligen Gesellschafter primär auf eine Klage gegen die GmbH auf Abnahme des Geschäftsanteils zu verweisen, die mit einer solchen auf Feststellung der Höhe der Abfindungsforderung verbunden werden kann.⁵⁷⁰

Selbst wenn man in Anwendung von § 264 II BGB einen Übergang des Wahlrechts auf den Gesellschafter annimmt, wirft die prozessuale Geltendmachung und die Durchsetzung einer Einziehung oder Abtretung kaum lösbare Rechtsfragen auf.⁵⁷¹

Diese schwierige Rechtslage hat die Rechtsprechung dazu veranlasst, eine andere Lösung zu entwickeln, um dem Gesellschafter eine Möglichkeit an die Hand zu geben, weniger aufwendig zu seiner Abfindung zu gelangen. Demnach kann sich die GmbH dann nicht auf einen fehlenden Vollzug der Kündigung berufen, wenn sie ihr Wahlrecht hinsichtlich der Abnahme des Geschäftsanteils über längere Zeit nicht ausübt.⁵⁷² Infolgedessen kann der kündigende Gesellschafter unmittelbar auf Abfindung klagen und die Gesellschaft ist auch unbedingte zu verurteilen, also nicht nur Zug um Zug.⁵⁷³

ff) Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters nach der Austrittserklärung: Problematik des automatischen Ruhens der Mitgliedschaftsrechte

Die Zweistufigkeit des Austrittsverfahrens und das damit einhergehende zeitliche Auseinanderfallen von Austrittserklärung und tatsächlichem Ausscheiden führt notwendig zu der Frage, wie es um die Mitgliedschaftsrechte während dieses „Schwebezustands“ bestellt ist. Zweifel an einem vollen Bestehenbleiben der Mitgliedschaftsrechte sind insofern angebracht, als der Gesellschafter mit seiner Austrittserklärung zum Ausdruck bringt, die gesellschaftliche Bindung verlassen zu wollen, was grundsätzlich auch ein Entfallen des Interesses an Entschei-

⁵⁶² Balz, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 118 f.; Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 200, 203 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 19.6.2000, GmbHR 2000, 822, 824; Scholz-Winter, § 15 Rn. 126; auf den Einzelfall abstellend Müller, Das Austrittsrecht, S. 106 f.; a. A. Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 60; Zugang der Austrittserklärung; er beruft sich auf Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 58, 62, der an diesen Fundstellen jedenfalls nicht explizit eine solche Aussage trifft.

Vgl. zur Frage der Fälligkeit der Abfindungszahlung im Falle der Einziehung unten Fn. 1068.

⁵⁶³ BGH, Urteil vom 17.10.1983, WM 1983, 1354, 1355; Becker, Austritt, S. 182.

⁵⁶⁴ Becker, Austritt, S. 183; Grunewald, GmbHR 1991, 185; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 58; a. A. Scholz-Winter, § 15 Rn. 125, Fn. 521.

⁵⁶⁵ RG, Urteil vom 17.5.1929, RGZ 125, 114, 118; BGH, Urteil vom 25.1.1960, BGHZ 32, 17, 23; Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 326; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 60 Rn. 65; Balz, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 123; Grunewald, GmbHR 1991, 185, 187; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 19 f.; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 29 Rn. 31; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 41; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 59; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 56, § 60 Rn. 69; Welhöfer, GmbHR 1994, 212, 215; Scholz-Winter, § 15 Rn. 127.

⁵⁶⁶ Auch für den Fall der Abtretung des Geschäftsanteils bleibt jedenfalls die Gesellschaft Abfindungsschuldner, Grunewald, GmbHR 1991, 185, 187; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 58; vgl. zu dieser Problematik ausführlich im Rahmen der Zwangsabtretung unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(f), S. 130.

⁵⁶⁷ MünchHandbuchGmbH-Kort, § 29 Rn. 31; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 59; Scholz-Winter, § 15 Rn. 127; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 55; Weitergehend Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 41, die auch in diesem Fall für eine Auflösungsklage plädiert; nicht ganz verständlich und inkonsequent ist, warum sie an anderer Stelle (§ 60 Rn. 27) von einer Auflösung der Gesellschaft ipso iure ausgehen, wenn die Gesellschaft dem Begehren des kündigenden Gesellschafters nicht innerhalb der von ihm gesetzten, mindestens 3-monatigen, Frist entspricht. Eine Auflösung der Gesellschaft ipso iure entbehrt einer rechtlichen Grundlage und würde letztlich darauf hinauslaufen, dass die Kündigung, die nach ihrer Meinung auch ohne satzungsmäßige Regelung der Rechtsfolgen grundsätzlich nur zum Ausschluss führt, plötzlich doch im Sinne einer Auflösungskündigung zu verstehen ist.

⁵⁶⁸ BGH, Urteil vom 19.6.2000, GmbHR 2000, 822, 824; weitere Nachweise oben Fn. 562.

⁵⁶⁹ Balz, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 124; a. A. Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 59; Da er die Abfindung schon mit der Austrittserklärung fällig werden lässt (Anh. § 34 Rn. 60) hat er insoweit kein Problem.

⁵⁷⁰ Balz, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 123 f.; in diesem Sinne sind auch Scholz-Winter, § 15 Rn. 127 und MünchHandbuchGmbH-Kort, § 29 Rn. 31 zu verstehen, die auf Balz bzw. Winter und damit indirekt auch Balz verweisen; unklar dagegen Hachenburg-Ulmer, Anh. 34 Rn. 55.

⁵⁷¹ Vgl. hierzu ausführlich Becker, Austritt, S. 183; Es bedürfen sowohl die Feststellung des wichtigen Grundes (im Falle des außerordentlichen Austrittsrechts), die quotale Berechtigung des Abfindungsbegehrens und die verbindliche Festlegung des Abwicklungsmodus in Bezug auf das künftige Schicksal des Geschäftsanteils einer Entscheidung, wobei die prozessuale Erfassung und Verbindung dieser Teilaspekte noch ungeklärt ist; Grunewald, GmbHR 1991, 185 ff.; Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 203.

⁵⁷² OLG Köln, Urteil vom 19.12.1997, GmbHR 1998, 641, 644; Kein Gebrauch vom Wahlrecht über Jahre hinweg; ebenso (im konkreten Fall 2 ½ Jahre) LG Hannover, Urteil vom 20.12.2001, GmbHR 2002, 267, 268; vgl. auch zu einem vergleichbaren Fall: OLG Brandenburg, Urteil vom 11.11.1998, GmbHR 1999, 540, 541; Es sei § 162 I BGB zumindest analog heranzuziehen bei einer Weigerung der Gesellschafter einer GmbH, zeitnah zum Tod eines früheren Mitgeschafters eine satzungsgemäße Entscheidung über den Verbleib des vererbten Geschäftsanteils zu treffen; aus der Literatur: Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 203.

⁵⁷³ OLG Köln, Urteil vom 19.12.1997, GmbHR 1998, 641, 644; LG Hannover, Urteil vom 20.12.2001, GmbHR 2002, 267, 268. Nicht geklärt ist damit allerdings die Frage, auf welchem Weg sich der Gesellschafter seines Anteils nun tatsächlich entledigen kann.

dungen, die die Zukunft der Gesellschaft betreffen, indiziert. Andererseits kann zwischen Austrittserklärung und Abnahme des Geschäftsanteils einige Zeit verstreichen. Zudem führt letztlich erst die wirksame Abtretung oder Einziehung des Geschäftsanteils zum Verlust der Mitgliedschaft.

Früher wurde der Konflikt überwiegend dahingehend gelöst, dass ab Erklärung des Austritts aus der Gesellschaft ein Ruhen der Mitgliedschaft – insbesondere des Stimmrechts – angenommen wurde. Der Gesellschafter habe durch seine Austrittserklärung zu erkennen gegeben, mit der Gesellschaft nichts mehr zu tun haben zu wollen und daher auch kein Interesse mehr, an Gesellschafterbeschlüssen teilzunehmen.⁵⁷⁴ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass, im Sinne einer größtmöglichen Annäherung an das Recht der Personengesellschaften, mit der Austrittserklärung ein (fälliger) Abfindungsanspruch entsteht, durch dessen Erfüllung die Gesellschaft das Recht erwirbt, nach ihrer Wahl den Geschäftsanteil durch Einziehung oder Abtretung abzunehmen.⁵⁷⁵ Auch im neueren Schrifttum finden sich Ansätze, die im Grundsatz von einem Ruhen der Mitgliedschaft ausgehen, jedoch den betroffenen Gesellschafter nicht gänzlich schutzlos stellen wollen, sondern ihm ein Recht geben, außergewöhnlichen Beschlüssen und Maßnahmen der Mitgesellschafter entgegenzutreten, die die Durchsetzung des Abfindungsanspruchs ernsthaft gefährden oder vereiteln.⁵⁷⁶

Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, auf die sich die geschilderte Auffassung beruft, betrifft Sonderfälle, in denen ein Auseinanderfallen von gekündigter Nebenleistungspflicht und fortbestehender Mitgliedschaft dem erkennbaren Interesse der Parteien widersprach. Ein generelles Ruhen der Mitgliedschaft ist rechtlich nicht zu begründen. Die Rechtslage ist eben gerade nicht mit derjenigen in der KG vergleichbar. Der Austritt vollzieht sich nicht allein durch dessen Erklärung, sondern bedarf zusätzlich der Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils. Erst damit kann auch der Abfindungsanspruch fällig werden.⁵⁷⁷ Solange aber diese Abnahme nicht erfolgt ist, bleibt die Stellung des Kündigenden als Gesellschafter erhalten, mithin auch die Mitgliedschaftsrechte. Der Gesellschafter hat ein berechtigtes Interesse daran, trotz seines erklärten Austrittswillens an der Verwaltung der Gesellschaft weiter mitzuwirken.⁵⁷⁸ Auch der RegE GmbHG 1971/73 sah in § 211 III⁵⁷⁹ eine Einschränkung der Rechte erst mit der Abfindungszahlung vor.⁵⁸⁰ Der Gesellschafter bleibt bis zu seinem Ausscheiden mit der Gesellschaft weiterhin vermögensrechtlich verbunden, so dass jede Entscheidung über die wirtschaftliche Fortentwicklung der Gesellschaft seinen Abfindungsanspruch gefährden kann.⁵⁸¹ Eine Differenzierung danach, ob sein Abfindungsinteresse tangiert ist, wie dies teilweise vorgeschlagen wird,⁵⁸² lässt diesen Aspekt unberücksichtigt und wäre zudem Quelle von Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten, mithin der Rechtssicherheit abträglich.⁵⁸³ Vor allem aber ist auch an die nach wie vor bestehenden zwingenden Pflichten aus §§ 19 II, 24, 31 III GmbHG hinsichtlich Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals zu denken, von denen der Gesellschafter trotz Austrittserklärung nicht entbunden ist.⁵⁸⁴ Es ist daher letztlich von einer Einheit der Rechte und Pflichten auszugehen. Wenn den Gesellschafter weiterhin Pflichten treffen, können ihm die mitgliedschaftlichen Rechte nicht verwehrt sein.⁵⁸⁵

Allein diese Auffassung entspricht im Übrigen auch den Interessen der Mitgesellschafter. Ist nämlich das Stimmrecht des kündigenden Gesellschafters suspendiert, so droht eine Verschiebung der Stimmrechtsverhältnisse, wenn es sich um einen nicht ganz unbedeutenden Geschäftsanteil handelt.⁵⁸⁶ Der Gesellschafter könnte auch seine Minderheitenrechte im Sinne der ihm zustehenden Kontroll- und Informationsrechte gegenüber der Mehrheit nicht mehr wahrnehmen.⁵⁸⁷ Den Bedenken der Gegenauffassung, ein austrittswilliger Gesellschafter nehme nicht mehr konstruktiv an der Willensbildung der Gesellschaft teil, ist bereits durch die gesellschaftliche Treuepflicht Rechnung getragen, die dem Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft besondere Zurückhaltung gebietet und jede Schädigung der Gesellschaftsinteressen verbietet. Demzufolge darf der Gesellschafter – auch ohne

⁵⁷⁴ RG, Urteil vom 2.7.1926, RGZ 114, 212, 218 f.; Urteil vom 17.5.1929, RGZ 125, 114, 118; *Esch*, GmbHR 1981, 25, 27 f.; *Fichtner*, BB 1967, 17, 18; *Hachenburg-Ulmer*, 7. Auflage, Anh. § 34 Rn. 52.

⁵⁷⁵ *Hachenburg-Ulmer*, 7. Auflage, Anh. § 34 Rn. 52.

⁵⁷⁶ *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 58: Anderes soll für Vermögensrechte gelten, für die es bis zum Vollzug des Austritts bei der Schwebeblage bleiben soll, da für die Berechnung der Abfindung auf den Zeitpunkt der Austrittserklärung als Stichtag abzustellen sei, der auch für die Verzinsung maßgeblich sei.

⁵⁷⁷ Vgl. bereits oben Fn. 562.

⁵⁷⁸ BGH, Urteil vom 17.10.1983, WM 1983, 1354, 1355; Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 322, 325; OLG Celle, Urteil vom 23.2.1983, GmbHR 1983, 273, 274 (Vorinstanz zu WM 1983, 1354); BayObLG, Urteil vom 15.10.1999, GmbHR 1999, 1296; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.2.2000, GmbHR 2001, 301; *Roth/Altmeyen-Altmeyen*, § 60 Rn. 63; *Balz*, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 117; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 577; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 22; *Hülsmann*, GmbHR 2003, 198, 200; *Lut-ter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10 b; *Schindler*, S. 65 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.d); *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 63; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 123; in diese Richtung auch *Becker*, Austritt, S. 188 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 93 sehen für ein Ruhen des Stimmrechts allenfalls dann Raum, wenn über alle Modalitäten des Ausscheidens einschließlich der Zahlung des Abfindungsentgeltes eine Einigung erzielt und lediglich die Zahlung noch nicht erfolgt ist.

⁵⁷⁹ BT-Drucks. 6/3088, S. 58 = 7/253, S. 58; vgl. zum Schicksal des RegE unten Fn. 1023.

⁵⁸⁰ *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 63.

⁵⁸¹ Vgl. zur unmittelbaren wie mittelbaren Gefährdung des Abfindungsanspruchs ausführlich BGH, Urteil vom 17.10.1983, WM 1983, 1354, 1355.

⁵⁸² *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 58.

⁵⁸³ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 327.

⁵⁸⁴ BGH, Urteil vom 17.10.1983, WM 1983, 1354, 1355; Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 326 f.; OLG Celle, Urteil vom 23.2.1983, GmbHR 1983, 273, 274 (Vorinstanz zu WM 1983, 1354); a. A. im Sinne eines automatischen Ruhens auch der Mitgliedschaftspflichten wiederum RG, Urteil vom 2.7.1926, RGZ 114, 212, 218 für den Fall der Nebenleistungspflicht, vgl. schon oben Fn. 574.

⁵⁸⁵ *Schindler*, S. 65 f.

⁵⁸⁶ *Schindler*, S. 66.

⁵⁸⁷ Insoweit will auch *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 58 (vgl. oben Fn. 576) dem Gesellschafter, soweit es um die Durchsetzung seines Abfindungsanspruchs geht, das Informationsrecht des § 51 a GmbHG belassen.

spezielle satzungsrechtliche Verankerung – von seinem Stimmrecht nur noch zurückhaltend Gebrauch machen. Er ist daran gehindert, ohne triftigen Grund gegen eine von den anderen Gesellschaftern vorgeschlagene und sachlich vertretbare Maßnahme zu stimmen, die seine Vermögensinteressen weder unmittelbar noch mittelbar in irgendeiner Weise tangiert.⁵⁸⁸ Letztlich reduziert sich mit der Austrittserklärung sein berechtigtes Interesse an einer Mitsprache auf Entscheidungen, die für ihn noch irgendwie von wirtschaftlicher Bedeutung sind.⁵⁸⁹

gg) Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Rechtsstellung des Gesellschafters

(1) Gesellschaftsvertragliche Anordnung des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte⁵⁹⁰

Es ist somit nach der hier vertretenen Auffassung davon auszugehen, dass der Austritt eines Gesellschafters in dem Zeitraum zwischen Erklärung und Abnahme des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft nur dann ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte, vor allem des Stimmrechts, zur Folge hat, wenn dies in der Satzung ausdrücklich vorgesehen ist.⁵⁹¹ Dies ist schon zur Vermeidung unnötigen Konfliktpotentials ausdrücklich zu empfehlen.⁵⁹² Es muss dabei zwischen verschiedenen Zeitpunkten, ab denen die Mitgliedschaftsrechte ruhen sollen, differenziert werden. In Betracht kommt das Ruhen bereits mit der Abgabe oder dem Zugang der Austrittserklärung bzw. erst mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung zum Kündigungstermin.⁵⁹³ In Anbetracht der Tatsache, dass der Gesellschafter aus der KG für den Fall der ordentlichen Kündigung nach § 132 auch erst mit Ablauf der Kündigungsfrist aus der Gesellschaft ausscheidet (§ 161 II, 131 III 2 HGB),⁵⁹⁴ sollte vor dem Hintergrund einer größtmöglichen Harmonisierung der Gesellschaftsverträge auch ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte des kündigenden GmbH-Gesellschafters erst ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung⁵⁹⁵ angeordnet werden.⁵⁹⁶ Es wird zwar vielfach für ein Ruhen bereits ab der Kündigung plädiert,⁵⁹⁷ doch sprechen nicht nur im Hinblick auf eine Abstimmung mit der Rechtslage in der KG die besseren Argumente für diese Klausel. Der Gesellschafter ist eben im Falle der ordentlichen Kündigung jedenfalls bis zum Kündigungstermin Gesellschafter. Ein wichtiger Grund ist gerade nicht erforderlich, so dass die Gesellschafter hier im Regelfall nicht „konfliktbelastet“ auseinander gehen.

Über die Anordnung des Ruhens wird eine zeitliche Diskrepanz des Ausscheidens aus KG und GmbH, welche aus der Vollzugsbedürftigkeit des GmbH-Austritts resultiert, auch für den Fall der außerordentlichen Kündigung wenigstens faktisch verhindert. Ungeklärt ist allerdings weitgehend, inwieweit über das bloße Ruhen des Stimmrechts hinaus die Anordnung auf sämtliche Mitgliedschaftsrechte erstreckt werden kann.⁵⁹⁸ Eine Differenzierung danach, ob nun wirtschaftliche Interessen des Gesellschafters tangiert sind, ist nach Ansicht des BGH jedenfalls im Hinblick auf die Problematik des automatischen Ruhens der Gesellschafterrechte nicht angebracht, da dies zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen würde.⁵⁹⁹ Für ein statutarisch angeordnetes Ruhen der Mitgliedsrechte kann daher wohl kaum etwas anderes angenommen werden.⁶⁰⁰ Es muss aber jedenfalls eine Einschränkung der Möglichkeit einer entsprechenden Anordnung insoweit gemacht werden, als zwingende Rechte betroffen sind, die der Disposition des Gesellschafters entzogen sind.⁶⁰¹

⁵⁸⁸ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 328; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 60 Rn. 63; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 22; Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 201; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 23; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 10 b; Schindler, S. 66; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.3.d); Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 63; Scholz-Winter, § 15 Rn. 123.

⁵⁸⁹ BGH, Urteil vom 17.10.1983, WM 1983, 1354, 1355; BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 328; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.2.2000, GmbHR 2001, 301.

⁵⁹⁰ Vgl. hierzu ausführlich auch unten im Rahmen der Einziehung **2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(d)(aa), S. 118.**

⁵⁹¹ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 322 f.; OLG Köln, Urteil vom 20.3.1998, NZG 1999, 268; OLG Naumburg, Urteil vom 28.6.2001, NZG 2001, 1043; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 577; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 23; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 23; Wurm/Wagner/Zartmann-Langenfeld, Kap. 115 V.7.

⁵⁹² Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 23; vgl. zur Anordnung des Ruhens auch der Pflichten unten **2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(d)(aa), S. 118.**

⁵⁹³ Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 201.

⁵⁹⁴ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 51

⁵⁹⁵ Vgl. hierzu oben **2. Kapitel: IV.1.c)dd), S. 55.**

⁵⁹⁶ In diesem Sinne, wenn auch etwas missverständlich wohl auch Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 201.

⁵⁹⁷ Vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 28.6.2001, NZG 2001, 1043 f.: durch Auslegung einer Klausel; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 23; Wurm/Wagner/Zartmann-Langenfeld, Kap. 115 V.7.

⁵⁹⁸ OLG Naumburg, Urteil vom 28.6.2001, NZG 2001, 1043 geht von der Zulässigkeit einer entsprechenden Regelung aus, bleibt allerdings eine Erklärung dafür schuldig.

⁵⁹⁹ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 327; vgl. schon oben **2. Kapitel: IV.1.c)ff), S. 56.**

⁶⁰⁰ Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 202.

⁶⁰¹ Hülsmann, GmbHR 2003, 198, 202; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 23; vgl. zu den zwingenden Rechten: das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen – BGH, Urteil vom 12.7.1971, GmbHR 1971, 207; Urteil vom 28.1.1985, GmbHR 1985, 256, 257; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 26.8.1983, GmbHR 1984, 99, 100, jeweils zur GmbH; Lutter/Hommelhoff, § 14 Rn. 7, § 48 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 14 Rn. 18; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 48 Rn. 3; das Beschlussanfechtungsrecht – BGH, Urteil vom 14.7.1954, BGHZ 14, 264, 271 zur GmbH; Lutter/Hommelhoff, § 14 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 14 Rn. 18; das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51 a (§ 51 a III GmbHG) – Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 14 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff, § 14 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 14 Rn. 18; siehe auch schon oben Fn. **184.**

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung spricht viel dafür, eine Klausel, deren Wortlaut sämtliche Mitgliedschaftsrechte erfasst, im Zweifel dahingehend auszulegen, dass sie sich nicht auf solche Rechte bezieht, die unverzichtbar sind, Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 23.

(2) Gesellschaftsvertragliche Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens

Zu einer wesentlichen Erleichterung der Problematik hat allerdings die jüngste Entscheidung des BGH zu diesem Problembereich beigetragen. Mit seinem Urteil vom 30.6.2003 hat der II. Zivilsenat der Auslegung von Satzungsbestimmungen absoluten Vorrang eingeräumt und ausdrücklich die Möglichkeit zugelassen, auch für den Austritt des Gesellschafters den Zeitpunkt des Ausscheidens festzulegen.⁶⁰² Mit einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist, kann somit eine völlige Übereinstimmung in beiden Gesellschaften erreicht werden.

hh) Klauselformulierung

Die Verankerung der Kündigungsmöglichkeit im GmbH-Vertrag ist wie folgt möglich:

§ 17 Dauer/Kündigung⁶⁰³

- (1) Die Gesellschaft besteht auf unbestimmte Zeit.
- (2) Jeder Gesellschafter kann mit einer Frist von 6 Monaten auf den Schluss des Kalenderjahres die Gesellschaft kündigen. Die Gesellschaft kann erstmals zum 31.12...gekündigt werden.
- (3) Daneben besteht die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist.
- (4) Die Kündigung hat durch eingeschriebenen Brief gegenüber der Gesellschaft zu erfolgen, die die übrigen Gesellschafter unverzüglich hiervon zu unterrichten hat. Für die Rechtmäßigkeit der Kündigung ist der Zugang der Erklärung maßgebend.
- (5) Die Kündigung führt nicht zur Auflösung der Gesellschaft. Der Kündigende scheidet vielmehr in den Fällen des Absatz 2 mit Ablauf der Kündigungsfrist und in den Fällen des Absatz 3 mit Zugang des Kündigungsschreibens aus der Gesellschaft aus.
- (6) Im Übrigen findet für den Fall der Kündigung durch einen Kommanditisten § 16⁶⁰⁴ Anwendung.

In Absatz 1 der Einziehungs- und Abtretungsklausel⁶⁰⁵ ist die Problematik wie folgt zu berücksichtigen:

§ 16 Einziehung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung die Einziehung eines Geschäftsanteils oder eines Teils eines Geschäftsanteils beschließen, wenn
 - a) ...
 - b) ...
 - c) ein Gesellschafter seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt
 - d) ...
 - e) ...

d) Anpassung des Gesellschaftsvertrags der KG

aa) Vorüberlegungen

Sind nun zwar die Kündigungsmöglichkeiten aufeinander abgestimmt, so ist dennoch ein Gleichlauf in beiden Gesellschaften nur dann gewährleistet, wenn auch die Kündigungsfolgen angeglichen werden. Da trotz Austrittserklärung die GmbH-Beteiligung zunächst bestehen bleibt,⁶⁰⁶ droht ein Auseinanderfallen der Gesellschafterstruktur, wenn der GmbH-Anteil nicht eingezogen, sondern abgetreten wird. Erforderlich ist daher, eine Regelung in den KG-Vertrag aufzunehmen, die die gesetzliche Kündigungsfolge der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 3 HGB dahingehend abbedingt,⁶⁰⁷ dass der Gesellschafter für den Fall der Kündigung wahlweise aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann oder sein Anteil abgetreten wird.⁶⁰⁸

Im Falle der Kündigung der Komplementär-GmbH stellt sich dieses Problem nicht, so dass es beim Ausscheiden bleibt.⁶⁰⁹

⁶⁰² DB 2003, 2058. Diese Problematik wird ausführlich im Rahmen der Einziehung behandelt, da sie hier besonders relevant wird, vgl. daher unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

⁶⁰³ Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 14.

⁶⁰⁴ Vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)hh), S. 144.

⁶⁰⁵ Vgl. hierzu ausführlich unten 2. Kapitel: V.1.b)hh), S. 144.

⁶⁰⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)cc), S. 54.

⁶⁰⁷ Dies ist möglich, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 83.

⁶⁰⁸ Vgl. Hopt-Volhard, Form II.E.2., § 11 I, II lit. f). Vgl. zu dieser Problematik ausführlich im Zusammenhang mit der Pfändung des Geschäftsanteils und der Insolvenz eines Gesellschafters unten 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146 bzw. 2. Kapitel: V.2.b)cc), S. 171.

⁶⁰⁹ Erforderlich ist jedoch eine Berücksichtigung im Rahmen der Liquidationsbestimmungen, vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)cc), S. 218.

bb) Klauselformulierung

Absatz 1 der Ausschlussregelung⁶¹⁰ ist anzupassen:

§ 16 Ausschließung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung den Ausschluss eines Gesellschafters beschließen, wenn
- a) ...
 - b) ...
 - c) ein Gesellschafter seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt. Dies gilt nicht für die Komplementär-GmbH. Sie scheidet aus der Gesellschaft aus. § 25 Absatz 1 b) bleibt unberührt.
 - d) ...
 - e) ...

2. Rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft: Abtretung und Belastung der Beteiligung

Zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen über die Mitgliedschaft führen insbesondere Rechtsgeschäfte des Gesellschafters, durch die die Mitgliedschaft veräußert oder belastet wird.⁶¹¹ Aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Rechtslage in GmbH und KG besteht im Hinblick auf die Möglichkeiten der Übertragung und Belastung der Gesellschaftsbeteiligungen Regelungsbedarf.

a) Übertragung der Beteiligung

aa) Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG

Nach § 15 I GmbHG ist die Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils unproblematisch möglich. Es ist lediglich die notarielle Form für den Abtretungsvertrag zu beachten, §§ 15 III GmbHG, 413, 398 BGB. Demgegenüber scheint dies bei der KG nach der gesetzlichen Regelung ausgeschlossen zu sein, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 719 I BGB.⁶¹² Dennoch ist sie auch hier zulässig. Dies folgt schon aus der Überlegung, dass kein Gesellschafter auf Dauer in einer Gesellschaft festgehalten werden darf. Er muss die Möglichkeit haben, aus der Gesellschaft auszusteigen.⁶¹³ Voraussetzung ist jedoch, dass dies gesellschaftsvertraglich zugelassen ist oder alle Gesellschafter zustimmen.⁶¹⁴ Der Anteil ist somit ebenso wie der GmbH-Anteil abtretbar, wobei sich die Abtretung nach § 413 BGB richtet.

⁶¹⁰ Vgl. hierzu ausführlich unten **2. Kapitel: V.1.c)ee), S. 152.**

⁶¹¹ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 IV.2.a).

⁶¹² Dies wurde früher in der Tat vertreten mit der Folge, dass nur die Möglichkeit einer Kombination des Ausscheidens eines alten Gesellschafters mit dem Eintritt eines neuen bestand. In eine solche war die Vereinbarung einer Übertragung oftmals umzudeuten, vgl. RG, Urteil vom 28.11.1913, RGZ 83, 312, 314 f.; Urteil vom 4.3.1930, RGZ 128, 172, 176; *Buchwald*, BB 1955, 52. Der Anteil des Altgesellschafters erlischt mit der Folge der Anwachsung bei den übrigen Gesellschaftern und der Neugesellschafter erwirbt eine neue Mitgliedschaft. Er ist also nicht Rechtsnachfolger des Altgesellschafters, *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 105 Rn. 182. Man sah in § 719 I BGB ein Übertragungshindernis, *Düringer/Hachenburg-Flechtheim*, § 130 Anm. 5 unter Hinweis auf § 717 BGB. Diese Art des Gesellschafterswechsels ist freilich auch heute noch möglich, *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 105 Rn. 182.

⁶¹³ BGH, Beschluss vom 22.10.1986, NJW 1987, 1018, 1020 zur AG, wonach die Vinkulierung der Aktien (vgl. § 68 II 1 AktG) nicht dazu führen darf, dass ihre Veräußerung auf unübersehbare Zeit verhindert ist.

⁶¹⁴ Die Kehrtwende folgte aufgrund eines Beschlusses des Großen Senats des RG, Beschluss vom 30.9.1944, WM 1964, 1130, 1132. BGH, Urteil vom 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 186; Urteil vom 15.12.1980, BGHZ 79, 374, 378 f.; Urteil vom 31.1.1983, BGHZ 86, 367, 369; *Soergel-Hadding*, § 719 Rn. 13; *MünchKomm-Ulmer*, § 719 Rn. 19, 21.

Nach der älteren Gesamthandslehre war § 719 I BGB Ausdruck der gesamthänderischen Bindung „des gemeinschaftlichen Vermögens der Gesellschafter“, vgl. § 718 I BGB. Diese Bindung wird aber nunmehr damit begründet, dass das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft zusteht und nicht den Gesellschaftern, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 III.2.a). Es bleibt dennoch die Frage nach der Auslegung des § 719 I BGB. So wird vertreten, es handele sich um eine verzichtbare Schutzregel zugunsten der Mitgesellschafter. Die Begründung hierfür ist nach dieser Auffassung nicht im Gesamthandsprinzip zu sehen, was schon aus der Existenz des § 2033 I BGB folgt, sondern daraus, dass die Beziehungen der Gesellschafter zueinander auf einer besonderen Vertrauensgrundlage beruhen und deshalb höchstpersönlich sind, so dass es sich nur um ein besonderes Interesse der Gesellschafter handelt, das daher verzichtbar ist, BGH, Urteil vom 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 183 f. mit Anmerkung *Hueck*, JZ 1954, 504, 505; *Staudinger-Keßler*, 12. A., § 719 Rn. 4. Überzeugender ist es aber wohl, anzunehmen, dass § 719 I sich nicht mit der Frage der Zulässigkeit der Übertragung im Ganzen befasst, sondern nur zum Ausdruck bringt, dass eine Übertragung der Vermögensbeteiligung nur zusammen mit der Mitgliedschaft in Betracht kommt, vgl. *Flume*, Personengesellschaft, § 17 II, S. 351; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 III.2.a); *Palandt-Sprau*, § 719 Rn. 2,6, § 717 Rn. 2; *MünchKomm-Ulmer*, § 719 Rn. 2.

Bis zur Erteilung der Zustimmung ist die Verfügung über den Geschäftsanteil schwebend unwirksam, BGH, Urteil vom 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 186. Mit der Zustimmung wird dieser rückwirkend wirksam, § 184 BGB. Das Zustimmungserfordernis gilt nicht für das zugrunde liegende Kausalgeschäft, BGH, Urteil vom 14.10.1957, BB 1958, 57.

Die Frage der Übertragbarkeit hat auch Auswirkungen im Hinblick auf die Bestimmung des § 723 III BGB, die über §§ 161 II, 105 III HGB auch auf die Personenhandelsgesellschaften Anwendung findet. So wird diskutiert, inwieweit ein Ausschluss der Kündigung bei Gestattung der Übertragbarkeit die Kündigung kompensieren kann und somit die Rechtsfolge der §§ 161 II, 105 III HGB, 723 III BGB gerade nicht nach sich zieht, vgl. *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 132 Rn. 28; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 132 Rn. 29.

Dennoch wird die gesetzliche Rechtslage den Interessen der Gesellschafter nicht vollumfänglich gerecht. Ein Harmonisierungsbedürfnis resultiert vielmehr unabhängig von der in beiden Gesellschaften gegebenen Verfügungsmöglichkeit aus einem unterschiedlichen Regel-Ausnahme-Prinzip:

Während die Übertragung von GmbH-Anteilen grundsätzlich frei ist, wenn nicht die Satzung Einschränkungen vorsieht, vgl. §§ 15 I, V GmbHG,⁶¹⁵ ist die Verfügung über OHG- oder KG-Beteiligungen grundsätzlich von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig. Dies ist nur dann anders, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Erleichterung vorsieht. Der Anteil an einer Personengesellschaft ist somit kraft Gesetzes vinkuliert.⁶¹⁶ Diesen Unterschied gilt es nun auszugleichen. Die Beteiligungs- und Gesellschafteridentität droht sonst auseinander zu fallen.

bb) Konkrete Vertragsgestaltung in GmbH und KG

Ein Patentrezept für die Vertragsgestaltung gibt es nicht, da die konkrete Formulierung der Verträge maßgeblich auch auf die jeweilige GmbH & Co. KG und ihre Gesellschafter zugeschnitten sein muss. Erforderlich ist jedenfalls auf Seiten der GmbH eine Beschränkung der Abtretbarkeit nach § 15 V GmbHG.⁶¹⁷ Denn die Gesellschafter haben gerade in der echten GmbH & Co. KG, in der die Funktion der GmbH auf die Wahrung der Geschäftsführung beschränkt ist, ein Interesse daran, unliebsame Dritte fernzuhalten.⁶¹⁸ Im Gegensatz dazu kann die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung in der Satzung nicht von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht werden.⁶¹⁹ Auf Seiten der KG ist eine gewisse Erweiterung der rechtlichen Ausgangslage erforderlich. Es muss insgesamt ein Ausgleich gefunden werden, der zum einen dem Interesse des veräußerungswilligen Gesellschafters Rechnung trägt, der aber in gleichem Maße auch die Einflussmöglichkeiten der Mitgesellschafter wahrt.

(1) Gestaltung des GmbH-Vertrages

Abtretungsbeschränkungen im Sinne von § 15 V GmbHG sind nur dann zulässig, wenn sie klar und eindeutig formuliert sind. Es muss eindeutig feststehen, wann die grundsätzlich uneingeschränkte Abtretbarkeit an weitere Voraussetzungen geknüpft ist und welches Organ für etwaige Befreiungen zuständig ist. Es gilt somit auch hier der Bestimmtheitsgrundsatz.⁶²⁰ Mehrere Möglichkeiten kommen in Betracht.

(a) Ausschluss der Abtretbarkeit

Es besteht nach h. M. – trotz Meinungsunterscheiden im Detail – die Möglichkeit, die Abtretung von Anteilen an der Komplementär-GmbH gänzlich auszuschließen, obwohl dies in § 15 V GmbHG nicht erwähnt ist.⁶²¹ Doch ist dies nicht Ausdruck eines Ausgleichs zwischen GmbH- und KG-Recht und wird somit dem Interesse der Gesellschafter, die in ihrer Dispositionsfreiheit nicht völlig eingeschränkt sein wollen, nicht gerecht. Es kann schließlich durchaus ein Interesse der Mitgesellschafter an einem Gesellschafterwechsel bestehen. Ein Ausgleich kann nur durch ein Annäherung der beiden Rechtsgebiete im Wege einer Einschränkung des GmbH-Rechts in Verbindung mit einer Öffnung des KG-Rechts erreicht werden.

(b) Beschränkung der Abtretbarkeit

Sinnvoll ist daher eine bloße Einschränkung der Abtretbarkeit. Diese könnte dadurch bewerkstelligt werden, dass die Abtretbarkeit an bestimmte Voraussetzungen des Erwerbers, wie etwa die Familienzugehörigkeit, geknüpft

⁶¹⁵ Man spricht im Fall von § 15 V GmbHG, jedenfalls soweit es um die Erschwerung geht, von sog. Vinkulierten Geschäftsanteilen, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 III.2.c).

⁶¹⁶ Schlegelberger-*Karsten Schmidt*, HGB, § 105 Rn. 186; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 III.2.c).

⁶¹⁷ Eine solche kann unproblematisch in der Satzung vereinbart werden, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 36.

⁶¹⁸ *Sudhoff-Reichert*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 11; vgl. zur Terminologie oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5**.

⁶¹⁹ Vgl. *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 36. Eine dennoch erfolgte Beschränkung wäre unbeachtlich, *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 79.

⁶²⁰ BGH, Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141, 144; *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 133; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 39; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 24; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 162; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 98; a. A. *Fischer*, GmbHR 1953, 131, 135: Zustimmungserfordernis bei stark personalistisch geprägter GmbH auch ohne ausdrückliche Regelung; auch *Winter* will für die hinreichende Bestimmtheit genügen lassen, dass das zusätzliche Abtretungserfordernis in einer primär anderen Zwecken dienenden Vorschrift ausgesprochen ist oder sich aus dem Gesamtzusammenhang der statutarischen Regelung des Gesellschaftsverhältnisses ergibt, *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 82; in diesem Sinne auch *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 83; kritisch dazu *Im-menga*, S. 82 f.; letztlich kann dieser Meinung schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht gefolgt werden, *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 98.

⁶²¹ Vgl. RG, Urteil vom 8.10.1912, RGZ 80, 175, 179; BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, WM 1989, 138, 142; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 15 Rn. 65; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 37; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 39; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 161; *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 76 ff.; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 102; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 4; Gegenstimmen wurden vor allem in der früheren Literatur laut, vgl. *Wolany*, Rechte und Pflichten, S. 81 sowie die weiteren Nachweise bei *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 76 Fn. 4.

wird.⁶²² Dies bietet sich vor allem bei Familiengesellschaften an, bei denen das Unternehmen in der Familie gehalten werden soll. Den Gesellschaftern wird in der hier zu diskutierenden echten GmbH & Co. KG aber vor allem daran gelegen sein, Einfluss auf die Person des Rechtsnachfolgers ausüben zu können. Hierfür ist ein Anknüpfen allein an persönliche Merkmale zu starr und nicht ausreichend. Sinnvoll ist jedoch eine Kombination mit anderen Abtretungsbeschränkungen, die dem Erhalten der Beteiligungsstruktur Rechnung tragen.⁶²³ Am flexibelsten und daher auf die Gesellschafterinteressen zugeschnitten wird es sein, die Abtretung jedenfalls dahingehend zu vinkulieren, dass die Verfügung über den Geschäftsanteil an das Erfordernis einer „Genehmigung“ i.S.d. § 15 V GmbHG gekoppelt wird.⁶²⁴ Nur auf diese Weise kann eine interessengerechte Einzelfallentscheidung getroffen werden. Der Begriff „Genehmigung“ stammt aus der Zeit vor dem BGB, entspricht also nicht der Genehmigung im Sinne des § 184 BGB. Der Ausdruck ist vielmehr im Sinne von Zustimmung (vgl. § 182 BGB) zu verstehen, die somit vor, bei oder nach der Abtretung erfolgen kann. Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung erlangt sie erst mit Zugang beim Empfänger Wirksamkeit, § 130 I 1 BGB⁶²⁵

Bereits an dieser Stelle kann daher die Beschränkung der Übertragung allein durch Einräumung eines Vorkaufs- und Vorerwerbsrechts für die Mitgesellschafter ausgeschlossen werden.⁶²⁶ Die Beschränkung der Übertragbarkeit hierdurch ist nicht ausreichend, da derartige Klauseln den abtretungswilligen Gesellschafter nicht hindern, über seinen Anteil zu verfügen. Sie wirken sich nur indirekt auf die Abtretung als solche aus, da sie nur schuldrechtlich im Hinblick auf die Person des Erwerbsberechtigten Auswirkungen haben. Zudem kann der Verkaufsbzw. Vorerwerbsberechtigte ein Auseinanderfallen der Gesellschafter bzw. der Gesellschafteridentität nur durch einen eigenen Anteilserwerb verhindern.⁶²⁷ Ein hinreichender Schutz kann somit nur in Kombination mit einem Zustimmungserfordernis bewerkstelligt werden, wobei das Zustimmungsverfahren die Möglichkeit zur Ausübung und Verwirklichung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht dann sichert oder zumindest nicht gefährden soll.⁶²⁸ Die Nichtausübung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht kann und sollte aus Gründen der Rechtssicherheit zur Voraussetzung für die Zustimmungserteilung gemacht werden.⁶²⁹ Der eigentliche Schutz der Gesellschafteridentität wird somit vor allem über das Zustimmungserfordernis erreicht.

Es stellt sich allerdings die Frage, wer für die Genehmigung zuständig ist bzw., ob die Zuständigkeit vertraglich festgelegt werden kann. Das GmbHG trifft diesbezüglich keine explizite Regelung, sondern spricht nur von einer Genehmigung durch die Gesellschaft als einer möglichen Alternative. Es soll daher zunächst auf diesen – zumindest gesetzlichen – Regelfall eingegangen werden.

(aa) Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschaft

Wird die Genehmigung zur Abtretung durch die Satzung der Gesellschaft zuteil, so wird dadurch auch die Zuständigkeit der juristische Person selbst begründet. Etwas anders gilt nur dann, wenn sich der Satzung eine abweichende Bestimmung entnehmen lässt.⁶³⁰ Die Entscheidungskompetenz liegt dann bei der Gesellschaft, so dass es sich bei der Zustimmung um eine Erklärung handelt, die von der GmbH selbst und damit notwendigerweise wirksam nur durch die Geschäftsführer als deren Organ in vertretungsberechtigter Zahl abzugeben ist, § 35

⁶²² Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 15 Rn. 66; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 137, 161; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 37; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 206; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 23; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 163; Scholz-Winter, § 15 Rn. 86; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 125.

⁶²³ MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 206.

⁶²⁴ Dies ist die häufigste und wichtigste Abtretungsbeschränkung und wird nicht zuletzt deshalb in § 15 V GmbHG explizit genannt, Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 173; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 104.

⁶²⁵ RG, Urteil vom 22.3.1939, RGZ 160, 225, 232; BGH, Urteil vom 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 184 f.; BayObLG, Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 573; vgl. auch OGH, Britische Zone, Köln, Urteil vom 22.12.1949, GmbHR 1950, 27, 28; Scholz-Winter, § 15 Rn. 95; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 104 f.

⁶²⁶ Soweit es um Fälle der §§ 463 ff. BGB geht, spricht man von Vorkaufsrechten. Sollen dagegen auch andere Verpflichtungsgeschäfte wie Kaufverträge erfasst sein, so spricht man von Vorerwerbsrechten oder Erwerbsvorrechten, Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 106; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87. Folge eines Vorkaufsrechts ist, dass der Berechtigte in den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag eintritt, § 464 II BGB. Vorerwerbsrechte sind dagegen meist so gestaltet, dass der Verpflichtete schon vor Abschluss des Drittvertrags seinen Anteil dem Berechtigten anzubieten hat, Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 106. Ein Unterschied besteht auch darin, dass die Übernahme dann nicht zu den Bedingungen des Drittvertrages zustande kommt, Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 29. Vgl. hierzu und zur generellen Zulässigkeit von so genannten sonstigen Erwerbsrechten unten 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125. Vgl. zu einer entsprechenden Klausel etwa Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternative 6 sowie Variante 2 Alternative 1 (für eine Andienungspflicht).

⁶²⁷ Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 16; Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 106; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a.

⁶²⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141, 145; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 163; Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 106 f.; ders. GmbHR 1995, 176, 177; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a; Hachenburg-Schilling/Zutt, § 15 Rn. 127.

⁶²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141, 145 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.7.1993, GmbHR 1994, 257, 258; RG, Urteil vom 26.1.1934, JW 1934, 1412, 1413 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 163; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a. Dies bedarf allerdings ausreichender Anhaltspunkte in der Satzung, Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 127; vgl. zu einer entsprechenden Klausel Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternative 6.

Eine erteilte Zustimmung ist allerdings auch dann im Außenverhältnis wirksam, wenn das Vorkaufs- oder Vorerwerbsrecht missachtet wurde. Die der Zustimmung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss ist allerdings dann anfechtbar, BGH, Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141, 145 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 163; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 127. Etwas anderes gilt nur, wenn die Beachtung des Vorkaufs- oder Vorerwerbsrechts darüber hinaus Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung selbst ist, da dann nicht nur das Innenverhältnis tangiert ist. Hierfür bedarf es wiederum hinreichender Anhaltspunkte in der Satzung, RG, Urteil vom 26.1.1934, JW 1934, 1412, 1413 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 163; Scholz-Winter, § 15 Rn. 87 a; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 127, der dies allerdings im Zweifel als gewollt ansieht; vgl. zur Auslegung vor allem auch RG, Urteil vom 26.1.1934, JW 1934, 1412, 1413.

⁶³⁰ Scholz-Winter, § 15 Rn. 92; a.A. Immenga, S. 80 f.

I GmbHG.⁶³¹ Da es sich bei der Genehmigung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt,⁶³² ist, falls der Veräußerer mit dem Geschäftsführer identisch ist, die Vorschrift des § 181 BGB zu beachten. Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsführer die Genehmigung nur dann an sich selber erteilen kann, wenn ihm das durch den Gesellschaftsvertrag erlaubt ist.⁶³³ Er ist allerdings nicht gehindert, die Genehmigung an seinen Vertragspartner gegenüber zu erklären, § 182 BGB.⁶³⁴

Ob für die Geschäftsführer im Innenverhältnis die Pflicht besteht, eine Entscheidung durch die Gesellschafterversammlung herbeizuführen, hängt von der organisatorischen Ausgestaltung der Gesellschaft ab, wenn dies nicht ausdrücklich in der Satzung geregelt ist, § 45 I GmbHG, oder Beschlüsse der Gesellschaft, etwa in Form einer Geschäftsordnung, oder der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers etwas anderes verlangen. Im Hinblick auf einen Vergleich zur Einziehung des Geschäftsanteils oder zu dessen Teilung nach § 17 GmbHG wird dies wohl zu fordern sein, vgl. § 46 Nr. 4 GmbHG.⁶³⁵ Jedoch hat auch ein Fehlen des Beschlusses oder dessen Ablehnung im Regelfall nur Auswirkungen auf das Innenverhältnis. Da die Zustimmung auch einem Dritten, eben dem potentiellen Erwerber, der noch nicht Gesellschafter ist, erteilt werden kann – vgl. § 182 BGB – gehört die Zustimmung zum Außenverhältnis,⁶³⁶ so dass § 37 II GmbHG Anwendung findet. Folge ist grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit des Beschlusses.⁶³⁷ Es können allenfalls die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht zu einer Einwirkung des Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis führen.⁶³⁸

Der im Innenverhältnis erforderliche Beschluss ist mangels gegenteiliger vertraglicher Regelung mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen, § 47 I GmbHG.⁶³⁹ Für einen am Veräußerungsgeschäft beteiligten Gesellschafter besteht dabei kein Ausschluss vom Stimmrecht nach § 47 IV, 2, Alt. 1 GmbHG.⁶⁴⁰

Der Gesellschafterbeschluss ersetzt die von den Geschäftsführern zu treffende Entscheidung nicht. Er stellt keine nach außen gerichtete Erklärung dar und kann daher auch noch geändert werden, solange die Zustimmung der Gesellschaft den Betroffenen noch nicht eröffnet wurde.⁶⁴¹ Aus diesem Grunde ist eine Zustimmung durch die Gesellschaft über die Geschäftsführer als Organ noch nicht bereits dann erfolgt, wenn der interne Gesellschafterbeschluss von diesen lediglich erwähnt wurde. Ebenso wenig ist die Mitteilung des Beschlusses durch einen Dritten ausreichend oder die bloße Anwesenheit der Parteien des Abtretungsvertrags bei der Beschlussfassung.⁶⁴² Eine Ausnahme kann wohl nur dann anerkannt werden, wenn auch die Geschäftsführer zugegen sind und deren

⁶³¹ RG, Urteil vom 13.6.1922, RGZ 104, 413, 414; Urteil vom 22.3.1939, RGZ 160, 225, 231; BGH, Urteil vom 9.6.1954, BGHZ 14, 25, 31; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 58; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 143; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 41; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 176; Scholz-Winter, § 15 Rn. 92; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 107; vgl. insoweit auch OGH, Britische Zone, Köln, Urteil vom 22.12.1949, GmbHR 1950, 27; a. A. Immenga, S. 80 f.; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 15 Rn. 14. Nach ihnen sind die Geschäftsführer in diesem Fall nicht ohne weiteres für die Genehmigung zuständig. Sie bedürfen vielmehr einer besonderen Ermächtigung zur Mitteilung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung, da deren Zustimmung ein Sozialakt körperschaftlichen Charakters sei. Diese Auffassung steht allerdings im Widerspruch zu § 35 sowie 37 II GmbHG, vgl. hierzu sogleich.

⁶³² Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 105.

⁶³³ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 5.6.1992, GmbHR 1992, 609, 610.

⁶³⁴ RG, Urteil vom 12.5.1914, RGZ 85, 46, 51; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 145; Scholz-Winter, § 15 Rn. 96; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 107.

⁶³⁵ BGH, Urteil vom 14.3.1988, GmbHR 1988, 260, 261; OLG Hamburg, Beschluss vom 5.6.1992, GmbHR 1992, 609, 610; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 143, 146; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 41; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 199; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 176; Scholz-Winter, § 15 Rn. 92; Hachenburg-Schilling/Zutt, § 15 Rn. 108.

⁶³⁶ Diese Argumentation wird nach einer Auffassung durch §§ 68 II 2, 3 AktG im Aktienrecht bestätigt, vgl. Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 59; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 143. Ein Rückgriff auf diese Vorschrift verbietet sich aber wohl nach richtiger Auffassung, vgl. unten Fn. 651.

⁶³⁷ RG, Urteil vom 22.3.1939, RGZ 160, 225, 231; BGH, Urteil vom 9.6.1954, BGHZ 14, 25, 31 zu § 17 GmbHG, offengelassen für die personalistische GmbH.

⁶³⁸ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 59; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 143; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 41; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 199 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 101; Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 764; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 109; Scholz-Winter, § 15 Rn. 92; vgl. auch BGH, Urteil vom 14.3.1988, GmbHR 1988, 260, 261: Der BGH lässt die Frage der Außenwirkung offen, ob also Veräußerer und Erwerber sich alle Beschränkungen entgegenhalten lassen müssen, denen der Geschäftsführer im Innenverhältnis unterliegt oder, ob § 37 II GmbHG greift, weil jedenfalls die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht Anwendung finden.

Ein solcher Missbrauch wird insbesondere dann gegeben sein, wenn die Zustimmung gegenüber dem veräußernden Gesellschafter erklärt wird, für den das Fehlen der Zustimmung der Gesellschafter im Innenverhältnis evident ist, Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 59; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 143; letztlich scheidet in diesem Fall die Wirksamkeit aber wohl schon daran, dass § 37 II GmbHG keine Anwendung findet, da dann wiederum nur das Innenverhältnis betroffen ist, MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 200; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 176; Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 764.

A. A. Baumbach/Hueck-Zöllner, § 35 Rn. 49, der gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte mit einzelnen Gesellschaftern, wie gerade die Genehmigung zur Veräußerung von Gesellschaftsanteilen im Rahmen von § 15 V GmbHG, generell nicht zum Außenverkehr rechnet und damit nicht zur Vertretungsmacht. Es sind somit reine Innengeschäfte. Veräußerer und Erwerber müssen sich daher alle Beschränkungen entgegenhalten lassen, denen der Geschäftsführer im Innenverhältnis unterliegt. Dies selbst dann, wenn zwar die Gesellschaft für die Genehmigung zuständig ist, aber im Innenverhältnis ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.3.1988, GmbHR 1988, 260, 261); a. A. auch Scholz-Uwe H. Schneider, § 35 Rn. 27; vgl. auch Immenga, ZGR 1979, 392, 395 f.

⁶³⁹ BGH, Urteil vom 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 167; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 147; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 41; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 15 Rn. 199; Scholz-Winter, § 15 Rn. 92; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 110.

⁶⁴⁰ BGH, Urteil vom 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 166 f.: § 47 IV 2 GmbHG schließe das Stimmrecht nicht aus, „da es sich nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter, sondern um einen sozialrechtlichen Akt, ein Mitverwaltungsrecht, handelt.“ BGH, Urteil vom 24.1.1974, WM 1974, 372, 375; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 61; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 147; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 41; Scholz-Winter, § 15 Rn. 92; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 110; a. A. Zöllner, GmbHR 1968, 177, 178; ders., Stimmrechtsmacht, S. 246: er folgert den Stimmrechtsausschluss nicht aus § 47 IV GmbHG, sondern aus einer am Sinn der Vinkulierung orientierten Interpretation des Gesellschaftsstatuts.

⁶⁴¹ Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 110; vgl. auch RG, Urteil vom 3.10.1906, RGZ 64, 149, 153.

⁶⁴² Scholz-Winter, § 15 Rn. 96.

Verhalten als Genehmigung zu deuten war.⁶⁴³ Eine besondere Form ist nämlich für die Genehmigung nicht erforderlich, da eine solche weder das GmbH-Gesetz noch aus dem Abtretungsvertrag folgt, § 182 II BGB. Eine besondere Form ist nur für die Anteilsteilung vorgesehen, § 17 II GmbHG. Eine Genehmigung kann daher durchaus auch konkludent durch schlüssiges Verhalten erklärt werden.⁶⁴⁴

(bb) Möglichkeit der Übertragung auf andere Entscheidungsträger

Zu klären bleibt, inwieweit die Zuständigkeit etwa auf die Gesellschafterversammlung übertragen werden kann, genauer, inwieweit einer solchen Regelung auch Außenwirkung zukommt.

Das Reichsgericht und im Anschluss daran die bislang herrschende Auffassung gingen davon aus, dass die Genehmigung allein und zwingend dem oder den Geschäftsführer(n) der GmbH zusteht, mit der Folge, dass eine abweichende Bestimmung, die die Genehmigung der Gesellschafterversammlung oder den Gesellschaftern zuweist, Bedeutung allein für das Innenverhältnis hat, mithin für die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers.⁶⁴⁵ Der Geschäftsführer könnte somit die Genehmigung auch ohne oder gegen einen in der Satzung vorgesehenen Beschluss der Gesellschafterversammlung erteilen. Es wären lediglich die Grenzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht zu beachten.⁶⁴⁶ Konsequenterweise müsste dies auch dann gelten, wenn die Entscheidung etwa auf einen Aufsichtsrat oder einen Beirat übertragen ist. Das Reichsgericht hat dies in einer anderen Entscheidung zu § 17 GmbHG allerdings offengelassen.⁶⁴⁷

Dies ist jedoch mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen. Das RG begründet seine Auffassung über §§ 35 iVm. 37 II GmbHG und unterstellt dabei, dass es sich bei der Genehmigung um einen Rechtsakt der Gesellschaft mit Außenwirkung handele.⁶⁴⁸ Dies gilt allerdings jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit, da es letzten Endes um die Aufnahme eines anderen Gesellschafters geht, mithin um das Innenverhältnis, auf das obige Bestimmungen gerade keine Anwendung finden.⁶⁴⁹ Die alleinige Zuständigkeit der Geschäftsführer lässt sich auch nicht auf eine Analogie zu § 68 II 2 AktG stützen.⁶⁵⁰ Eine Analogie verbietet sich schon allein deshalb, weil die Vinkulierungsmöglichkeiten im Aktienrecht auf eine Bindung an die Zustimmung der Gesellschaft beschränkt sind und zudem die Besonderheiten der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung sowie des Aktienhandels eine Vergleichbarkeit verbieten.⁶⁵¹

Es muss vielmehr danach unterschieden werden, ob die Vinkulierungsklausel eher körperschaftlichen Charakter hat oder mehr auf die personelle Verbundenheit der Gesellschafter abstellt. Karsten Schmidt differenziert daher zwischen der „körperschaftlichen“ und der „personengesellschaftlichen“ Satzungslösung.⁶⁵² Ob der Genehmigung Außenwirkung zukommt und damit §§ 35, 37 II GmbHG Anwendung finden, hängt somit vom Charakter der Klausel ab. Der Auffassung des RG kann nur dann gefolgt werden, wenn die Genehmigung, entsprechend der körperschaftlichen Struktur, der Gesellschaft überlassen ist. Wird dagegen die Genehmigungscompetenz auf die Gesellschafter verlagert, so führt diese „Abkehr“ von der körperschaftlichen Struktur auch dazu, dass es sich um einen Akt des Innenverhältnisses handelt und somit §§ 35, 37 II GmbHG nicht einschlägig sind. In diesem Fall ist nämlich zu beachten, dass hier nicht eine Beschränkung der Vertretungsmacht in Frage steht, die wegen § 37 II GmbHG keine Außenwirkung entfaltet. Vielmehr ist die Genehmigung der Gesellschafter selbst Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung. Es kann nichts anderes gelten, als im Fall der Zulassung des Beitritts eines Dritten im Rahmen einer Kapitalerhöhung, für den der BGH trotz des Wortlauts § 55 II 1 GmbHG ebenso entschieden hat.⁶⁵³ Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers erstreckt sich darauf nicht, da dieser die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter vertritt.⁶⁵⁴ Jede andere Auffassung würde auch § 15 V GmbHG zuwider laufen, der die

⁶⁴³ BGH, Urteil vom 29.10.1956, BGHZ 22, 101, 108, wo aber die Besonderheit hinzukam, dass die Beteiligten die Abtretung jahrelang als gültig behandelt haben; BGH, Urteil vom 15.5.1968, BB 1968, 1053 zu § 17 II GmbHG; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 44; Scholz-Winter, § 15 Rn. 96; Hachenburg-Schilling/Zutt, § 15 Rn. 105.

⁶⁴⁴ RG, Urteil vom 22.3.1939, RGZ 160, 225, 234; vgl. auch BGH, Urteil vom 1.12.1954, BGHZ 15, 324, 328; Urteil vom 29.10.1956, BGHZ 22, 101, 108; BayObLG, Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 573; OLG Hamm, Urteil vom 23.5.1997, GmbHR 1997, 950, 951; Urteil vom 17.11.1998, NZG 1999, 600, 601; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 141; Scholz-Winter, § 15 Rn. 98; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 105.

⁶⁴⁵ Vgl. RG, Urteil vom 13.6.1922, RGZ 104, 413, 414; bestätigend RG, Urteil vom 22.3.1939, RGZ 160, 225, 231; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 28.

⁶⁴⁶ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.1.b).

⁶⁴⁷ RG, Urteil vom 12.5.1914, RGZ 85, 46, 48 zu § 17 GmbHG: es wird ausdrücklich offengelassen welche Auswirkung eine Übertragung auf den Aufsichtsrat hat, da jedenfalls die Zustimmung des Geschäftsführers erforderlich ist, die fehlte. Vgl. auch BGH, Urteil vom 29.10.1956, BGHZ 22, 101, 107.

⁶⁴⁸ RG, Urteil vom 13.6.1922, RGZ 104, 413, 415.

⁶⁴⁹ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 41 f.; Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 763; Scholz-Winter, § 15 Rn. 90; vgl. im Ergebnis auch OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39: Die Begründung divergiert allerdings: Das OLG Koblenz stellt nicht darauf ab, die Begründung des RG und der ihm folgenden Literatur sei nicht haltbar, weil letztlich das Innenverhältnis berührt ist. Es stellt vielmehr darauf ab, die Gesellschafterversammlung werde mit Außenwirkung gegenüber dem abtretenden Gesellschafter tätig. Somit handele es sich gerade nicht um eine gesellschaftsinterne Kompetenzverteilung, die die Zuständigkeit der Gesellschaft und somit der Geschäftsführer, wie sie nach dem Wortlaut des § 15 V GmbHG in erster Linie vorgesehen ist, unberührt lässt.

⁶⁵⁰ Fischer, ZHR 130 (1968), 359, 367; Zimmermann, BB 1966, 1171.

⁶⁵¹ Eder, GmbHR 1966, 279 f.; Winkler, Lückenausfüllung, S. 58 Fn. 322; Scholz-Winter, § 15 Rn. 90; insoweit etwas widersprüchlich Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 148, der noch in Rn. 143 auch § 68 AktG argumentativ heranzieht, vgl. bereits oben 636.

⁶⁵² Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 763. Anders wiederum Baumbach/Hueck-Zöllner, § 35 Rn. 49, vgl. bereits oben Fn. 638.

⁶⁵³ BGH, Urteil vom 30.11.1967, BGHZ 49, 117, 119; Scholz-Winter, § 15 Rn. 90.

⁶⁵⁴ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 148; Scholz-Winter, § 15 Rn. 90; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 112.

Ausgestaltung der Vinkulierung gerade den Gesellschaftern überlässt. Folge ist, dass es somit ausschließlich Sache des Gesellschaftsvertrags ist, festzulegen, wem letztlich die Entscheidungskompetenz zusteht.⁶⁵⁵

Im Folgenden ist auf die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten und die daraus resultierenden Zuständigkeiten einzugehen. Zusammengefasst⁶⁵⁶ kann die Genehmigung der Gesellschaft, dies ist der gesetzlichem Regelfall⁶⁵⁷ nach § 15 V GmbHG, einzelnen oder allen Gesellschaftern, der Gesellschafterversammlung, den Geschäftsführern, dem Aufsichtsrat oder einem anderen Gesellschaftsorgan, wie etwa einem Beirat oder einem Ausschuss der Gesellschafter, übertragen werden. Möglich ist auch eine Kombination der verschiedenen Varianten.⁶⁵⁸ Es muss dabei immer zwischen der Entscheidungskompetenz und der Erklärungskompetenz differenziert werden.

(cc) Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschafterversammlung

Wird im Gesellschaftsvertrag die Genehmigung der Gesellschafterversammlung vorausgesetzt, so muss zunächst geklärt werden, ob damit lediglich im Innenverhältnis die Zustimmung der Gesellschafterversammlung festgelegt wird, es aber nach außen bei der Zuständigkeit der Gesellschaft und damit der Geschäftsführer bleibt. Im Zweifel ist jedoch davon auszugehen, dass eine wirkliche Zuständigkeitsübertragung vorliegt,⁶⁵⁹ was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass bei Zuständigkeit der Gesellschaft ohnehin regelmäßig die Pflicht besteht, einen Beschluss durch die Gesellschafterversammlung herbeizuführen,⁶⁶⁰ die Klausel daher meist nur rein deklaratorischen Charakter hätte. Es besteht auch die Möglichkeit, dass die Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung neben diejenige der Gesellschaft tritt. Der Charakter der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung erschöpft sich dann gerade nicht in einer bloßen Billigung der Zustimmung durch die Geschäftsführer, sondern tritt als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung neben diese.⁶⁶¹

Der Beschluss der Gesellschafterversammlung ist mangels gegenteiliger Regelung im Gesellschaftsvertrag mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen, § 47 I GmbHG.⁶⁶² Es steht dabei sowohl dem veräußernden Gesellschafter als auch dem Erwerber, wenn er bereits Gesellschafter ist, ein Stimmrecht zu. § 47 IV 2 GmbHG ist nicht einschlägig.⁶⁶³

Man muss jedoch auch hier wiederum zwischen der Entscheidungskompetenz und der Erklärungskompetenz unterscheiden. Es stellt sich die Frage, ob nicht auch in diesem Fall eine Erklärung durch die Geschäftsführer zu erfolgen hat. Bereits oben wurde ausgeführt, dass für den Fall der Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschafterversammlung gerade die „personengesellschaftliche“ Gestaltung der Satzung gewählt wurde mit der Folge, dass eine eigene Abtretungsvoraussetzung im Gesellschafterbeschluss zu sehen ist und nicht lediglich ein Fall der Einschränkung der Zuständigkeit der Gesellschaft, die nach § 37 II GmbHG unbeachtlich ist.⁶⁶⁴ Feststeht somit jedenfalls, dass die Erklärung durch den Geschäftsführer ohne Zustimmung im Innenverhältnis seitens der Gesellschafterversammlung nicht ausreichend ist.⁶⁶⁵

Zu klären bleibt allerdings die Frage, ob dem Geschäftsführer wenigstens die Befugnis zur Erklärung der Zustimmung gegenüber einem der Vertragspartner, § 182 I BGB, zusteht. So wird vertreten, dass die Erklärung der Zustimmung durch die Geschäftsführer auch dann zu erfolgen hat, wenn diese ohne die Zustimmung der Gesellschafterversammlung wirkungslos ist.⁶⁶⁶ Begründet wird dies mit der grundsätzlichen Regelung im GmbH-Recht, nach der die Willenserklärungen für die GmbH stets von den Geschäftsführern abzugeben sind.⁶⁶⁷

⁶⁵⁵ *Karsten Schmidt*, in FS Beusch, 759, 763 f.; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 91; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 112. Der Zessionar kann und muss sich dadurch schützen, dass er die Satzung beim Handelsregister einsieht und sich gegebenenfalls einen erforderlichen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung nachweisen lässt, *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 15 Rn. 64; *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 148; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 112.

⁶⁵⁶ Vgl. zur Übersicht *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 91.

⁶⁵⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(aa), S. 62.

⁶⁵⁸ Vgl. zur Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung BGH, Urteil vom 20.2.1989, GmbHR 1989, 327, 329; BayObLG, Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 573; zum Aufsichtsrat BGH, Urteil vom 29.10.1956, BGHZ 22, 101.

⁶⁵⁹ OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 92 b; vgl. auch *Karsten Schmidt*, in FS Beusch, S. 759, 763.

⁶⁶⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(aa), S. 62.

⁶⁶¹ *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 111.

⁶⁶² BGH, Urteil vom 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 167; *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 149; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 42; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 177; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 92 b; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 13. Die Satzung kann allerdings durchaus etwas anderes vorsehen und eine größere Mehrheit oder Einstimmigkeit verlangen, vgl. BayObLG, Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 573; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 177. Erforderlich ist dann aber, dass sich dies hinreichend bestimmt aus der Satzung entnehmen lässt, *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 92 b; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 113. Problematisch dagegen *Mertens*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.5.1967, JR 1967, 462, 463, der auch Fälle für möglich hält, in denen die Auslegung eine größere Mehrheit ergibt, so etwa bei einer personalistisch strukturierten Gesellschaft. Dem ist allerdings aufgrund der auch sonst erforderlichen Bestimmtheit nicht zu folgen. Jedenfalls ist im Interesse der Rechtssicherheit Vorsicht geboten, vgl. *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 110, 113.

⁶⁶³ BGH, Urteil vom 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 166 f., vgl. auch oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(aa), S. 62; a. A. wiederum *Zöllner*, GmbHR 1968, 177, 178; *ders.*, Stimmrechtsmacht, S. 246: er folgert den Stimmrechtsausschluss nicht aus § 47 IV GmbHG, sondern aus einer am Sinn der Vinkulierung orientierten Interpretation des Gesellschaftsstatuts.

⁶⁶⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(bb), S. 64.

⁶⁶⁵ *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 148; *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 113.

⁶⁶⁶ *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 102; *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 101; nach *Hachenburg-Zutt*, § 15 Rn. 113 kann die Erklärung durch den Geschäftsführer erfolgen; er bezieht sich dabei auf BGH, Urteil vom 13.7.1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141, 144 (vgl. § 15 Rn. 113 Fn. 201), wo allerdings nicht ausdrücklich die Erklärung durch die Geschäftsführer erwähnt wird, jedoch darauf hingewiesen wird, dass es der Gesellschafterversammlung an einem Organ fehlt, das die Erklärung abgeben könnte. BGH, Urteil vom

Richtiger Ansicht nach ist die Zustimmung auch von dem Zustimmungsberechtigten zu erklären, denn notwendige Folge der Entscheidungskompetenz ist auch die Erklärungskompetenz. Der gegenteiligen Auffassung ist zwar insoweit zuzugeben, dass eine Willenserklärung für die Gesellschaft grundsätzlich von den vertretungsberechtigten Geschäftsführern zu erklären ist. Sie übersieht allerdings, dass es hier gerade nicht um eine solche Erklärung geht, die in die Zuständigkeit der Gesellschaft fällt, sondern um eine Willenserklärung durch die Gesellschafterversammlung. Eine generelle Zuständigkeit für die Geschäftsführer, ein anderes Gesellschaftsorgan zu vertreten, kann jedoch dem GmbH-Gesetz gerade nicht entnommen werden. Dies gilt umso mehr, als vorliegend lediglich die Übermittlung der Zustimmung betroffen ist, mithin das interne Verhältnis der Gesellschafter, die über die Aufnahme eines neuen Gesellschafters entscheiden.⁶⁶⁸ Wegen der vergleichbaren Interessenlage kann die Parallele gezogen werden zum Zulassungsbeschluss für eine Kapitalerhöhung, bei dem gerade auch keine Außenwirkung gegeben ist.⁶⁶⁹ Es kann somit nichts anderes gelten wie im Falle der Zustimmungskompetenz eines einzelnen Gesellschafters, bei der es sich von selbst verstehen würde, dass dieser auch Erklärungskompetenz besitzt.⁶⁷⁰ Wenn somit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung iSd. § 45 II GmbHG trifft und die Erklärungskompetenz auf die Geschäftsführer überträgt,⁶⁷¹ muss die Gesellschafterversammlung die Erklärung grundsätzlich selbst vornehmen oder einen anderen hierzu ermächtigen. In Betracht kommen ein Mitglied der Versammlung oder der Geschäftsführer.⁶⁷² Aus diesem Grunde ist es bei einer Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung im Gegensatz zur vorher behandelten Zuständigkeit der Gesellschaft auch ausreichend, dass die Gesellschafterversammlung in Anwesenheit der Parteien beschließt und diesen Beschluss vorbehaltlos bekannt gibt. Dasselbe gilt, wenn die erforderliche Mehrheit der Versammlung die Abtretung selbst vornimmt.⁶⁷³

(dd) Übertragung der Zuständigkeit auf „die Gesellschafter“

Überträgt die Satzung die Zuständigkeit ganz allgemein auf „die Gesellschafter“, so muss durch Auslegung ermittelt werden, welche Rechtsfolge diese Bestimmung auslösen. Es besteht Streit, ob dann die Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung mit der sonst für Gesellschafterbeschlüsse erforderlichen Mehrheit erteilt werden muss, § 47 I GmbHG oder, ob ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafterversammlung genügt ist. Daneben kann die Auslegung ergeben, dass die Klausel im Sinne einer Zustimmung aller Gesellschafter⁶⁷⁴ zu verstehen ist. Daran schließt sich dann die weitere Frage an, ob die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters (der GmbH) erforderlich ist oder ob ein einstimmiger Beschluss (aller Gesellschafter der GmbH) gemeint sind.⁶⁷⁵ Maßgeblich ist somit, ob die Satzung den Konsens aller Gesellschafter verlangt oder nur einen Mehrheitsbeschluss, da die Übertragung auf die Gesellschafter zwar für die personengesellschaftliche Lösung spricht, jedoch nicht notwendig auch für das Erfordernis der Einstimmigkeit oder Zustimmung aller Gesellschafter.⁶⁷⁶ Die Auslegung hat sich dabei am Zweck der Vinkulierung zu orientieren oder auf die auch in anderen Bestimmungen zum Ausdruck kommende besondere Rücksichtnahme auf die Person jedes einzelnen, zudem am Charakter der Gesellschaft, ob sie also mehr kapitalistisch oder eher personalistisch organisiert ist, wobei diese Kriterien freilich ineinander übergehen. Eine große Zahl von Gesellschaftern kann daher für einen Mehrheitsbeschluss sprechen, bei Vorliegen einer Familiengesellschaft dagegen liegt die Zustimmung aller Gesellschafter nahe.⁶⁷⁷ Zwar wird teilweise angenommen, dass, solange die vorrangige Satzungslegung nichts anderes ergibt, eine Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, weil unter dem Begriff Gesellschafter eben im Zweifel alle zu verstehen sind.⁶⁷⁸ Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Denn die Übertragung auf die Gesellschafter ändert an der Bestimmung des § 47 I GmbHG, der eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen verlangt, grundsätzlich nichts. Die GmbH ist und bleibt eine mehrheitlich entscheidende Organisation. Es ist daher im Zweifel

1.12.1954, BGHZ 15, 324, 329 hält die Mitteilung durch den Geschäftsführer für entbehrlich, wenn eine „einstimmige, eindeutige und offensichtlich endgültige Willenskundgebung der Gesellschafter vorliegt.“

⁶⁶⁷ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, 15 Rn. 102.

⁶⁶⁸ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 573; OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 64; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 148; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 42; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 204; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.1.b sowie in FS Beusch, S. 759, 763 f.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 97.

⁶⁶⁹ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 42 i.V.m. BGH, Urteil vom 30.11.1967, BGHZ 49, 117, 119.

⁶⁷⁰ Scholz-Winter, § 15 Rn. 97.

⁶⁷¹ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 23.5.1997, GmbHR 1997, 950, 951.

⁶⁷² Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 148; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 42; Scholz-Winter, § 15 Rn. 97; weitergehend dagegen Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.1.b) und in FS Beusch, S. 759, 764, der im Zweifel die Geschäftsführer ermächtigt sieht, durch Mitteilung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung die Genehmigung zu erklären.

⁶⁷³ BGH, Urteil vom 1.12.1954, BGHZ 15, 324, 329; BayObLG, Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 573; Scholz-Winter, § 15 Rn. 97.

⁶⁷⁴ Also nicht nur der anwesenden Gesellschafter, OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.2.1964, GmbHR 1964, 250; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 151. Man spricht in diesem Fall auch von Individualvinkulierung, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 150 im Anschluss an Ehlike, DB 1995, 561.

⁶⁷⁵ Die Ansichten über die in Betracht kommenden Alternativen divergieren: vgl. RG, Urteil vom 23.12.1938, RGZ 159, 272, 278; OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 179; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 98 f.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 93; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 114.

⁶⁷⁶ Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 766.

⁶⁷⁷ RG, Urteil vom 23.12.1938, RGZ 159, 272, 278 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 151; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 43; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 98 f.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 93.

⁶⁷⁸ BGH, Urteil vom 16.2.1981, DB 1981, 931, der vom Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter ausgeht; Immenga, S. 81 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 179, da sonst eindeutiger „der Gesellschafterversammlung“ oder „der Gesellschafter“ formuliert werden könnte.

gerade von einer Mehrheitsentscheidung der Gesellschafterversammlung auszugehen.⁶⁷⁹ Die Annahme, dass die Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters oder eine einstimmige Beschlussfassung zu fordern ist, kann daher nur im Wege zulässiger Satzungsauslegung aus dem Vertragszusammenhang⁶⁸⁰ folgen, eventuell auch aus einer gesellschaftlichen Übung. Es sind aber ausreichende Anhaltspunkte im Gesellschaftsvertrag zu fordern wegen der Grundregel des § 47 I GmbHG.⁶⁸¹

Zurückhaltung im Hinblick auf die Ablehnung eines Mehrheitsbeschlusses aufgrund gesellschaftlicher Übung ist allerdings schon deshalb geboten, weil die vorangehende Übung der Einstimmigkeit nicht notwendig den Schluss zulässt, dass dies auch immer gewollt war. So kann es sein, dass die vorangehenden Beschlüsse kein Konfliktpotenzial in sich bargen und somit gar keine Notwendigkeit des „Sich-einigen-müssens“ gegeben war.⁶⁸²

Bezüglich der Erklärung der Zustimmung gilt auch hier, dass grundsätzlich das zustimmungsberechtigte Organ auch erklärungskompetent ist.⁶⁸³

(ee) Übertragung der Zuständigkeit auf andere Gesellschaftsorgane oder gesellschaftsfremde Dritte

Die Zuständigkeit kann auch auf andere Gesellschaftsorgane übertragen werden. Im Betracht kommen etwa ein Beirat,⁶⁸⁴ Aufsichtsrat⁶⁸⁵ oder auch ein Gesellschafterausschuss.⁶⁸⁶ Für diese Fälle ergeben sich ebenfalls hinsichtlich der Erklärungskompetenz keine Abweichungen zu den Fällen der Übertragung auf die Gesellschafterversammlung, so dass auf oben verwiesen werden kann. Die Erklärung der Zustimmung erfolgt grundsätzlich durch den Zustimmungsberechtigten.⁶⁸⁷

Strittig ist dagegen die Übertragung der Zuständigkeit auf einen gesellschaftsfremden Dritten. Zum Teil wird diese Möglichkeit abgelehnt, da es nicht zulässig sei, dem Dritten ein gesellschaftsrechtliches Recht einzuräumen. So könne zwar einem Dritten im Gesellschaftsvertrag zugesagt werden, dass er vor einem Wechsel im Gesellschafterbestand zu hören ist. Ein Verstoß habe aber keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Abtretung.⁶⁸⁸ Von der h. M. wird diese Möglichkeit allerdings für zulässig gehalten.⁶⁸⁹ Auch die Zustimmung durch einen Dritten muss nicht gesellschaftsfremden Zwecken dienen. Vielmehr kann gerade daran ein Interesse bestehen, so insbesondere bei einem Kreditinstitut, das die GmbH finanziert, ohne zugleich Gesellschafter sein zu wollen. Das Institut müsste sonst, wollte es die Zustimmungskompetenz wirksam erlangen, nur aus diesem Grund Gesellschafter werden. Dies ist nicht interessengerecht.⁶⁹⁰ Die Zulässigkeit lässt sich letztlich schon dem Wortlaut des § 15 V GmbHG entnehmen, der „weitere“ Abtretungserleichterungen zulässt, sofern sie nur in der Satzung geregelt sind.⁶⁹¹ Für den hier vorliegenden Fall kann der Streit offen bleiben, da die Gesellschafter in der echten GmbH & Co. KG das „Zepter“ nicht aus der Hand geben werden.

(ff) Stellungnahme

Die vorstehende Diskussion der möglichen Alternativen sowie der damit einhergehenden Probleme macht deutlich, wie sehr gerade in diesem Bereich eine explizite gesellschaftsvertragliche Regelung von Nöten ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit und vor allem zur bestmöglichen Absicherung der Interessen der Gesellschafter sind an die Vertragsgestaltung hohe Anforderungen zu stellen. Zu berücksichtigen ist dabei maßgeblich der Charakter der Gesellschaft, da hieraus die Interessen der Gesellschafter abzuleiten sind. Bei einer echten GmbH & Co. KG ist die GmbH auf ihre Tätigkeit als Komplementärin beschränkt und nicht eigenwirtschaftlich tätig.⁶⁹² Zudem ist nach der hier gewählten Vertragsgestaltung die GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt und auf diese Weise vom Stimmrecht ausgeschlossen.⁶⁹³ Die Lösung muss der Tatsache gerecht werden, dass die eigentliche

⁶⁷⁹ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 151; Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 766; Scholz-Winter, § 15 Rn. 93; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 114. Zwar wird richtigerweise für eine Entscheidung von Fall zu Fall plädiert, vgl. RG, Urteil vom 23.12.1938, RGZ 159, 272, 279; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 98, doch steht dies weder der Annahme einer Auslegungsregel entgegen noch macht es sie entbehrlich, vgl. Scholz-Winter, § 15 Rn. 93.

⁶⁸⁰ So etwa dann, wenn die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander von besonderer Bedeutung sind oder, wenn sich dies aus dem Vinkulierungszweck ergibt, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 151; Scholz-Winter, § 15 Rn. 93; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 114.

⁶⁸¹ Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 766; Scholz-Winter, § 15 Rn. 93.

⁶⁸² Karsten Schmidt, in FS Beusch, S. 759, 766 f.

⁶⁸³ Scholz Winter, § 15 Rn. 93 a. E., 97; vgl. schon oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(cc), S. 65.

⁶⁸⁴ Hierzu Salje, ZIP 1989, 1526.

⁶⁸⁵ Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 115.

⁶⁸⁶ Vgl. zur Übersicht Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 150; Scholz-Winter, § 15 Rn. 91.

⁶⁸⁷ Vgl. Scholz-Winter, § 15 Rn. 97; vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(ee), S. 67.

⁶⁸⁸ Vgl. Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 104; ablehnend auch Scholz-Winter, § 15 Rn. 91.

⁶⁸⁹ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 152; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 37; Leßmann, Herbert, GmbHR 1985, 179, 185; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 23; Reichert, Das Zustimmungserfordernis, S. 62; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 115.

⁶⁹⁰ Vgl. Schuler, NJW 1956, 689.

⁶⁹¹ Leßmann, GmbHR 1985, 179, 185; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 115. Letztlich ist es auch nicht recht einsichtig, die Übertragung etwa auf einen Beirat zuzulassen, der nicht nur oder überhaupt nicht mit Gesellschaftern besetzt sein muss (vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 18 Rn. 82), die Übertragung auf einen Dritten aber abzulehnen. Dem ließe sich allerdings entgegenhalten, dass es im Falle eines Beirats eben um die Verlagerung der Zuständigkeit auf ein Gesellschaftsorgan im Sinne eines Sonderorgans handelt, Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 15 i.V.m. Rn. 13.

⁶⁹² Vgl. Hunscha, GmbH & Co. KG als Alleingesellschafterin ihrer GmbH-Komplementärin, S. 2; Schilling, JR 1964, 252; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 3. Vgl. zur Terminologie oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5.

⁶⁹³ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c)cc), S. 24.

Macht nicht bei der GmbH liegt, sondern bei den Kommanditisten. Sie haben daher auch ein Interesse daran, zu bestimmen, inwieweit es zu einem Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung kommt, zumal Ziel ist, die Gesellschafteridentität in GmbH und GmbH & Co. KG grundsätzlich beizubehalten.

Auf der anderen Seite muss in die Überlegungen einfließen, dass auch berechnigte Interessen der Gesellschafter an einer Übertragung bestehen können. Der notwendige Ausgleich muss beiden Gesichtspunkten Rechnung tragen.

Dem Interesse der Gesellschafter wird es am ehesten gerecht, wenn der Gesellschaftsvertrag die Abtretung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung knüpft und als Voraussetzung für eine Zustimmung die Nichtausübung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht der Mitgesellschafter verlangt.⁶⁹⁴ Auf diese Weise werden persönliche Merkmale mit anderen Abtretungsbeschränkungen optimal kombiniert.⁶⁹⁵ In Abgrenzung zum gesetzlichen Regelfall des § 15 V GmbHG muss klargestellt werden, dass dies Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung ist.⁶⁹⁶ Angesichts der oben⁶⁹⁷ geschilderten Auslegungsprobleme muss hinreichend klar zum Ausdruck kommen, dass auf das Beschlussorgan Gesellschafterversammlung abzustellen ist und somit auf die dort anwesenden Gesellschafter. Hinsichtlich der erforderlichen Mehrheit kann je nach Interessenlage variiert werden.⁶⁹⁸ Dies entspricht auch einer gängigen Praxis.⁶⁹⁹ Gegen das Erfordernis der Einstimmigkeit bzw. der Zustimmung aller Gesellschafter sprechen insbesondere Aspekte der Praktikabilität. Aus demselben Grund sollte auch die Erklärungs-kompetenz dem Geschäftsführer übertragen werden.⁷⁰⁰

Es stellt sich allerdings die Frage, wie dem Interesse des abtretenden Gesellschafters Rechnung getragen werden kann. Zu klären ist zunächst die Rechtsstellung des Abtretenden gegenüber der Gesellschafterversammlung als zustimmendem Organ. Der Gesellschafter hat jedenfalls – auch ohne gesellschaftsvertragliche Verankerung – einen Anspruch auf Beschlussfassung innerhalb angemessener Frist sowie Entscheidung nach Maßgabe der Satzung, da er ein berechtigtes Interesse hat, zu erfahren, ob die Zustimmung erteilt oder versagt wird. Nach Ablauf der Frist gilt die Zustimmung als verweigert.⁷⁰¹ Durch die Zustimmungsklausel erhält der Zustimmungsberechtigte eine gewisse Macht zur Verhinderung der Übertragung von Geschäftsanteilen. Diese Macht kann durch die Satzung beschränkt werden.⁷⁰² Die Satzung kann die Versagungsgründe näher regeln. So besteht die Möglichkeit, dass die Zustimmung grundlos, wenn auch nicht willkürlich, verweigert werden kann. Oder, dass sie nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigert werden darf.⁷⁰³ Umgekehrt kann auch bestimmt werden, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zu erteilen ist.⁷⁰⁴ Der Abtretende hat bei Nichtvorliegen der satzungsmäßigen Versagungsgründe bzw. bei Vorliegen der Voraussetzungen einen klagbaren Anspruch auf Zustimmung. Die Zustimmung wird nach § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt.⁷⁰⁵

Von diesem Ausgangspunkt ist nun die vertragliche Regelung zu finden, die auch dem Interesse des abtretenden Gesellschafters hinreichend Rechnung trägt. Von der Festlegung bestimmter Versagungsgründe sollte allerdings abgesehen werden, da diese im Zweifel als abschließend anzusehen sind. Wegen der mangelnden Flexibilität ist aber von einer solchen Lösung eher abzuraten.⁷⁰⁶ Es muss der Gesellschafterversammlung als zustimmungs-berechtigtem Organ die Möglichkeit bleiben, grundsätzlich frei, in den oben geschilderten Grenzen, über die Abtretung zu entscheiden.

Spricht die Satzung allgemein nur von der Zustimmung, so stellt sich die Frage, ob ein Rechtsanspruch des Abtretenden besteht, so dass der Gesellschafter bereits hinreichend geschützt wäre. Nach allgemeiner Meinung steht die Entscheidung über die Zustimmung allerdings im Ermessen der Gesellschafterversammlung als Zustimmungsberechtigter.⁷⁰⁷ Dies ist allerdings nicht unumstritten, insbesondere, sofern ein Ermessensspielraum

⁶⁹⁴ Vgl. schon oben **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b), S. 61.**

⁶⁹⁵ MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 206.

⁶⁹⁶ Vgl. § 14 Absatz 1 Satz 5 des GmbH-Vertrages unten **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg), S. 70.**

⁶⁹⁷ **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(dd), S. 66.**

⁶⁹⁸ Vgl. Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 107.

⁶⁹⁹ Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 6; Reichert, GmbHR 1995, 176, 177; Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 4 I.

⁷⁰⁰ Dies ist unproblematisch möglich, § 45 II GmbHG, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 148; Scholz-Winter, § 15 Rn. 97.

⁷⁰¹ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 153; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 117; eine nach Ablauf der Frist erklärte Zustimmung ist wirkungslos, KG, Urteil vom 4.12.1997, GmbHR 1998, 641; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 153; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45.

⁷⁰² Reichert/Martin Winter, in FS GmbH-Gesetz, S. 209, 213.

⁷⁰³ RG, Urteil vom 26.1.1934, JW 1934, 1412, 1413; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 116.

⁷⁰⁴ KG, Urteil vom 2.1.2001, NZG 2001, 508; auch Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 172; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 116. So ist es insbesondere möglich, die Zustimmung an die Nichtausübung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrechts zu knüpfen sowie etwa daran, dass der veräußerungswillige Gesellschafter nur über eine Minderheitsbeteiligung verfügt (das Interesse der Mitgesellschafter steigt mit wachsender Beteiligung des veräußerungswilligen Gesellschafters), vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.22, § 20 II 2 i.V.m. §§ 22 II, 23 VIII; Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 2 Alternative 1, Abs. 3. KG, Urteil vom 2.1.2001, NZG 2001, 508; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 61; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 154; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 205; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 172; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 107; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94.

⁷⁰⁶ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 181, der unter Hinweis auf RG, Urteil vom 26.1.1934, JW 1934, 1412, 1413 sowie Scholz-Winter, § 15 Rn. 94, der Ansicht ist, es bleibe dann allerdings immer noch die Ablehnung aus wichtigem Grund. Die Zitate beziehen sich allerdings, soweit die Entscheidung durch das RG betroffen ist, auf Fälle, in denen die Versagung explizit an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gekoppelt ist. Auch Winter stellt lediglich auf die Möglichkeit der satzungsmäßigen Koppelung der Zustimmung an einen wichtigen Grund ab. Die von Rowedder gezogene Konsequenz ist daher keineswegs zwingend.

⁷⁰⁷ RG, Urteil vom 20.6.1916, RGZ 88, 319, 325; OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.2.1964, GmbHR 1964, 250, 251; offengelassen von OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39, 41; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 181 f.; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 106; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94; Hachenburg-Schilling/Zutt, § 15 Rn. 116.

angenommen wird, im Hinblick auf die Schranken des Ermessens. Ursprünglich wurde ein freies Ermessen angenommen und eine Beschränkung der Entschließungsfreiheit am Vinkulierungszweck orientiert abgelehnt.⁷⁰⁸ Nach anderer Auffassung kann die Zustimmung dagegen nur aus wichtigem Grund versagt werden, da die Verweigerung sonst gegen Treu und Glauben verstoße.⁷⁰⁹ Als gemeinsamer Nenner der nunmehr als herrschend zu bezeichnenden Meinung kann wohl angesehen werden, dass zwar dem Zustimmungsberechtigten ein Ermessen eingeräumt wird, dieses aber einer gewissen Ausübungskontrolle unterworfen ist.⁷¹⁰ So wird teilweise eine bloße Missbrauchskontrolle nach den allgemeinen Schranken der §§ 226, 242, 826 BGB verlangt.⁷¹¹ Es ist jedoch mit der überwiegenden Meinung noch einen Schritt weiter zu gehen und eine Beschränkung über die gesellschaftliche Treuepflicht zu fordern, die auch sonst als Maßstab für das Verhalten der Gesellschafter im Verhältnis zueinander gilt.⁷¹² Die Versagung der Genehmigung ist deshalb nur dann wirksam, wenn sie auch verhältnismäßig ist.⁷¹³

Der Abtretende hat somit letztendlich nur einen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, ohne einen Anspruch auf die Zustimmung selbst zu haben.⁷¹⁴ Auch bei einem rechtsmissbräuchlichen Ablehnen der Genehmigung folgt zwar deren Unwirksamkeit, nicht aber notwendig ein Recht auf Genehmigung.⁷¹⁵ Ein Anspruch auf Zustimmung besteht nur dann, wenn dies durch den Gleichheitsgrundsatz angezeigt ist,⁷¹⁶ oder dies auf Grund der gesellschaftlichen Treuepflicht geboten ist, also ein Überwiegen der Interessen des Abtretenden anzunehmen ist.⁷¹⁷ Möglich ist auch ein rechtsgeschäftlicher Anspruch auf Zustimmung.⁷¹⁸

Zum Schutz des verfügenden Gesellschafters ist dies nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, bestimmte Fälle herauszugreifen, für die generell das Interesse der Gesellschafter, eine Abtretung zu verhindern, nachrangig ist, bzw. sogar ein gemeinsames Interesse an einer Abtretung gegeben ist. Da grundsätzlich Identität in beiden Gesellschaften gewahrt werden soll, ist insbesondere an Fälle zu denken, die die Abtretung zu Lebzeiten an Abkömmlinge sowie Ehegatten und Ehegatten der Abkömmlinge bzw. die Übertragung an Mitgesellschafter betreffen. Dies könnte dadurch umgesetzt werden, dass für diese Fälle ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt wird. Praktikabler – eine eventuelle erforderlich werdende Klage auf Zustimmung wird vermieden – und daher besser ist es allerdings, derartige Fälle vom Erfordernis der Abtretung gänzlich auszunehmen.⁷¹⁹

⁷⁰⁸ RGZ, Urteil vom 20.6.1916, RGZ 88, 319, 325; Hachenburg-Schilling/Zutt, 7. Auflage, § 15 Rn. 116; Winter, Anmerkung zu OIG Düsseldorf, Urteil vom 27.2.1964, GmbHR 1964, 251, 252; vgl. auch Zöllner, GmbHR 1968, 177, 178.

⁷⁰⁹ Dies wurde schon früh von Scholz, SJZ 1949, 2, 6 f. verlangt. Dieselbe Auffassung, allerdings mit anderem Ansatzpunkt, vertritt Rowedder. Die Beurteilung der Versagung der Zustimmung dürfe nicht missbräuchlich und schikanös sein. Dies sei dabei an §§ 157, 242 BGB zu messen, woraus er ableitet, dass die Zustimmung nicht versagt werden darf, wenn keine wichtigen, für die Gesellschaft und die Gesellschafter bedeutsamen Gründe entgegenstehen, Rowedder-Rowedder, 3. Auflage, § 15 Rn. 105. Ansatzpunkt war allerdings auch schon in der dritten Auflage das Verbot missbräuchlichen Verhaltens, das jedenfalls auch nach der überwiegenden Auffassung zu beachten ist, vgl. unten Fn. 711.

⁷¹⁰ Reichert/Martin Winter, in FS GmbH-Gesetz, S. 209, 220.

⁷¹¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.1.1987, ZIP 1987, 227, 232; LG Düsseldorf, Urteil vom 17.11.1988, DB 1989, 33; offen OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39, 41; jedenfalls Verbot missbräuchlichen Handelns auch im Falle freien Ermessens; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 15 Rn. 15. Jetzt auch Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 182, der, wie auch schon in der dritten Auflage, richtigerweise auf Treu und Glauben abstellt, daraus aber nicht mehr auf das Erfordernis eines wichtigen Grundes schließt, sondern es bei dem Verbot missbräuchlichen Handelns belässt.

⁷¹² Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.4.1984, BB 1984, 2015, 2016; offen OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39, 41; OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2000, NJW-RR 2001, 109, 111; Reichert/Martin Winter, in FS GmbH-Gesetz, 209, 221; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 182; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94, der in einem grundlosen, willkürlichen oder aus sachfremden Gründen erfolgten Verweigern der Zustimmung einen Verstoß gegen die Treuepflicht neben Rechtsmissbrauch (§§ 226, 242, 826 BGB) sieht, den er insbesondere bei zweckwideriger Ausübung der Zustimmungsbefugnis annimmt. Ebenso Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; im Sinne der Treuepflicht jetzt auch Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 116; jetzt auch Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45. Für dieses Ergebnis könnte auch die Entscheidung des BGH, Urteil vom 1.12.1986, ZIP 1987, 174, 175 zu § 68 AktG sprechen. Diese Entscheidung lässt zwar eine dogmatische Begründung vermissen, basiert aber letztlich auf der gesellschaftlichen Treuepflicht die allerdings erst im Urteil vom 1.2.1988, BGHZ 103, 184 für die AG anerkannt wurde, vgl. Reichert/Martin Winter, in FS GmbH-Gesetz, S. 209, 217. Die Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Entscheidung ist allerdings umstritten. Für die Übertragbarkeit auf § 15 V GmbHG plädieren Reichert/Martin Winter, in FS GmbH-Gesetz, S. 209, 217, 221, dagegen Scholz-Winter, § 15 Rn. 94, Fn. 380; Winter ist im Hinblick auf die fehlende Vergleichbarkeit mit dem GmbH-Recht zu folgen, vgl. bereits oben Fn. 636 und 651.

⁷¹³ Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 116.

⁷¹⁴ OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2000, NJW-RR 2001, 109, 111; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29, vgl. auch Reichert/Martin Winter, in FS GmbH-Gesetz, 209, 221. Hierfür kann wiederum nicht die Entscheidung des BGH, Urteil vom 1.12.1986, ZIP 1987, 174, 175 zu § 68 II AktG herangezogen werden, da eine Übertragbarkeit auf § 15 V GmbHG abzulehnen ist, vgl. oben Fn. 712.

⁷¹⁵ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94; entgegen Scholz-Winter, § 15 Rn. 94, Fn. 384 ist auch Jasper, in MünchHandbuchGmbH, § 24 Rn. 205 nicht gegenteiliger Meinung; Jasper zitiert hier allerdings Winter hinsichtlich einer Aussage bezüglich der Wirksamkeit der Abtretung, die auch dieser so nicht trifft, da er nur von der Unwirksamkeit der Zustimmung spricht, so dass wohl ein gegenseitiges Missverständnis vorliegt. Ablehnend im Sinne eines Anspruchs auf Zustimmung dagegen Reichert, Zustimmungserfordernis, S. 224 ff.; daran anschließend Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 116.

⁷¹⁶ OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2000, NJW-RR 2001, 109, 111; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 205; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94.

⁷¹⁷ OLG Hamm, Urteil vom 6.4.2000, NJW-RR 2001, 109, 111; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 45; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 205; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 12.1.1989, GmbHR 1990, 39, 41.

⁷¹⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.1.1987, ZIP 1987, 227, 231 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 155; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 205; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 29; Scholz-Winter, § 15 Rn. 94 a. E.

⁷¹⁹ Vgl. Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 6 und Fn. 6; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 100. Dann sollte allerdings sichergestellt werden, dass die Gesellschaft von der Übertragung Kenntnis erlangt. Dies wird allerdings meist im eigenen Interesse der Vertragspartner liegen, vgl. § 16 GmbHG, vgl. Binz, GmbH & Co., § 5 Fn. 6. Vgl. zu einer Formulierung einer Klausel Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternative 4 sowie zu einer Kombination mit einem Vorkaufsrecht Alternative 6 (hier allerdings Lösung über einen Zustimmungsan-

(gg) Klauselformulierung

Eine Vertragsklausel muss daher etwa wie folgt lauten:

§ 14*Verfügung über den Geschäftsanteil*

- (1) *Die Abtretung eines Geschäftsanteils oder eines Teils davon bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung.
Satz 1 gilt nicht für Abtretungen zugunsten von*
- a) *Abkömmlingen*
 - b) *Ehegatten und Ehegatten von Abkömmlingen*
 - c) *Mitgesellschaftern*
 - d) *Dritten in den Fällen des § 16 Absatz 6*
 - e) *...*
 - f) *in sonstigen nach diesem Vertrag vorgesehenen Fällen.*
- Liegt eine Ausnahme im Sinne von Absatz 1 Satz 2 vor, so ist die Gesellschaft mittels eingeschriebenen Briefs von der Abtretung zu benachrichtigen.
Liegen die Voraussetzungen für Vorkaufs- oder Vorerwerbsrechte nach Absatz 2 vor, kann die Zustimmung erst wirksam erteilt werden, wenn die Vorkaufs bzw. Vorerwerbsfrist abgelaufen ist oder der Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsberechtigte auf die Ausübung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht verzichtet hat.
Die Beachtung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrechts ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung.*
- (2) *Im Falle der Veräußerung an andere Personen als die in Absatz 1 Satz 2 genannten steht den übrigen Gesellschaftern ein Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zu:*
- a) *Schließt ein Gesellschafter einen Vertrag gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG über einen Geschäftsanteil oder einen Teil davon, so hat er dies den übrigen Gesellschaftern durch eingeschriebenen Brief mitzuteilen. Die Mitteilung ist nur wirksam, wenn ihr der Veräußerungsvertrag mit dem Dritten in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift beigelegt ist.*
 - b) *Die übrigen Gesellschafter haben in diesem Fall ein Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht. Es kann von den Vorkaufsberechtigten bis zum Ablauf von 3 Monaten nach Zugang der Mitteilung ausgeübt werden; die Ausübung bedarf der notariellen Beurkundung...*
- (3) *Die Mitteilung der Zustimmung erfolgt durch den oder die Geschäftsführer.*
- (4) *Der Gesellschaft gegenüber gilt im Fall der Abtretung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist (§ 16 GmbHG).*

(2) Gestaltung des KG-Vertrages**(a) Zustimmungsvorbehalt**

Im KG-Vertrag muss dagegen hinsichtlich der Übertragbarkeit der Anteile keine gesetzliche Regelung eingeschränkt werden, sondern die gesetzliche Vinkulierung⁷²⁰ vielmehr, wenn auch beschränkt, aufgehoben werden. Weil die Übertragbarkeit nach dem gesetzlichen Leitbild nicht den Regelfall darstellt, hat die Auslegung entsprechender Klauseln restriktiv zu erfolgen.⁷²¹

Um einen Gleichlauf von GmbH und KG zur Sicherung der Gesellschafter- und Beteiligungsidentität zu erreichen, bietet es sich an, die Regelung der Abtretbarkeit bzgl. der KG-Beteiligung in Übereinstimmung mit der Regelung in der GmbH-Satzung auszugestalten. Dies ist dadurch zu bewerkstelligen, dass zum einen die gesetzliche Vinkulierung der KG-Anteile eingeschränkt wird, indem die Übertragbarkeit entsprechend der GmbH-Satzung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft und mit einem Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht kombiniert wird. Dadurch ist das Erfordernis der Einstimmigkeit beseitigt. Damit kann dasselbe Organ über die Übertragung der Anteile beider Gesellschaften entscheiden. Wie bei der GmbH sollten allerdings auch hier bestimmte Fälle frei übertragbar gestaltet werden, weil ein generelles Interesse aller Gesellschafter an einer Übertragbarkeit besteht.⁷²² Für diese Fälle ist somit die Zustimmung antizipiert im Gesellschaftsvertrag enthalten.⁷²³ Eine solche Ausnahme ist wiederum praktikabler als die Gewährung eines Anspruchs auf Zustimmung in diesen Fällen.⁷²⁴ Um die Beteiligungsidentität zu wahren, muss der erwerbsberechtigte Personenkreis bei der KG dem der GmbH angepasst werden, um ein Auseinanderfallen der gewollten Beteiligungsstruktur zu verhindern.⁷²⁵

spruch). Wenn eine Kombination mit einem Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht, wie sie hier vorgeschlagen wird, gewählt wird, so müssen diese Fälle auch vom Zustimmungserfordernis ausgenommen werden.

⁷²⁰ Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 186.

⁷²¹ Binz, GmbH & Co., § 8 Rn. 4. Daher kann aus dem Umstand, dass der Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Geschäftsanteilen an Nichtgesellschafter an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter bindet, nicht der Gegenschluss gezogen werden, für den nicht ausdrücklich geregelten Fall der Übertragung auf einen Mitgesellschafter bedürfe es keiner Zustimmung, vgl. BGH, Urteil vom 24.2.1986, GmbHR 1986, 345.

⁷²² Binz, GmbH & Co., § 8 Rn. 4, 5; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 100.

⁷²³ Hopt-Volhard/Weber, Form II.B.2. Anm. 12 a. E.

⁷²⁴ Vgl. daher bereits ausführlich hinsichtlich der Vertragsgestaltung in der GmbH oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(ff), S. 67.

⁷²⁵ Binz, GmbH & Co., § 8 Rn. 5. Es kann bezüglich der Formulierung einer Klausel somit auf diejenige zur GmbH verwiesen werden, vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg), S. 70 sowie Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternative 4 sowie zu einer Kombination

Zusätzlich muss eine Sonderregelung für eine Übertragung der Beteiligung durch die Komplementär-GmbH geschaffen werden, da die Übertragung ihres Gesellschaftsanteils die Gesellschaftsstruktur als *GmbH* & Co. KG tangiert. Hier muss man es bei der gesetzlichen Vinkulierung belassen, so dass eine Übertragung nur bei Zustimmung aller Gesellschafter möglich ist.

(b) Klauselformulierung

Die Regelung des KG-Vertrags muss in etwa wie folgt gestaltet sein:

§ 14

Verfügung über den Gesellschaftsanteil

- (1) *Die Abtretung eines Gesellschaftsanteils oder eines Teils davon durch die Komplementär-GmbH ist nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschaftsanteile zulässig.*
- (2) *Die Abtretung eines Gesellschaftsanteils oder eines Teils davon durch die Kommanditisten bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung.*
Satz 1 gilt nicht für Abtretungen zugunsten von
 - a) *Abkömmlingen*
 - b) *Ehegatten und Ehegatten von Abkömmlingen*
 - c) *Mitgesellschaftern*
 - d) *Dritten in den Fällen des § 16 Absatz*
 - e) *...*
 - f) *in sonstigen nach diesem Vertrag vorgesehenen Fällen.**Liegt eine Ausnahme im Sinne von Absatz 2 Satz 2 vor, so ist die Gesellschaft mittels eingeschriebenen Briefs von der Abtretung zu benachrichtigen.*
Liegen die Voraussetzungen für Vorkaufs- oder Vorerwerbsrechte nach Absatz 3 vor, kann die Zustimmung erst wirksam erteilt werden, wenn die Vorkaufs bzw. Vorerwerbsfrist abgelaufen ist oder der Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsberechtigte auf die Ausübung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht verzichtet hat. Die Beachtung des Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrechts ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung.
- (3) *Im Falle der Veräußerung an andere Personen als die in Absatz 2 Satz 2 genannten steht den übrigen Gesellschaftern ein Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zu:*
 - a) *Schließt ein Gesellschafter einen Vertrag, durch welchen er sich zur Abtretung eines Gesellschaftsanteils oder eines Teils davon verpflichtet, so hat er dies den übrigen Gesellschaftern durch eingeschriebenen Brief mitzuteilen. Die Mitteilung ist nur wirksam, wenn ihr der Veräußerungsvertrag mit dem Dritten in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift beigelegt ist.*
 - b) *Die übrigen Gesellschafter haben in diesem Fall ein Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht. Es kann von den Vorkaufsberechtigten bis zum Ablauf von 3 Monaten nach Zugang der Mitteilung ausgeübt werden; die Ausübung bedarf der notariellen Beurkundung...*
- (4) *Die Mitteilung der Zustimmung erfolgt durch den oder die Geschäftsführer.*

b) Belastung der Beteiligung

Als Belastung der Beteiligung kommen insbesondere der Nießbrauch und das Pfandrecht in Betracht, auf die im Folgenden näher einzugehen sein wird.⁷²⁶ Auch die Verfügung im Wege der Belastung ist unterschiedlichen Regelungen in beiden Gesellschaften unterworfen.

mit einem Vorkaufsrecht § 10 Variante 1 Alternative 6 (hier allerdings Lösung über einen Zustimmungsanspruch). Zu einer Klausel mit Gewährung eines Zustimmungsanspruchs anstelle der hier bevorzugten Ausnahme vom Zustimmungserfordernis auch Hopt-Volhard, Form II.E.2., § 9 I 6.

⁷²⁶ Hadding/Schneider, *Kreditsicherheit*; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 19 IV.2.a); MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 7 ff. (Nießbrauch).

aa) Verpfändung des GmbH- bzw. KG-Anteils⁷²⁷

(1) Grundsätzliche Rechtslage bei GmbH und GmbH & Co. KG

Die Zulässigkeit der Anteilsverpfändung wird heute nicht mehr bestritten, obwohl sie weder im GmbHG noch im HGB geregelt ist. Sie ist heute sowohl für die GmbH⁷²⁸ als auch für die KG⁷²⁹ ausdiskutiert und insoweit zulässig, als auch die Abtretung zulässig ist, § 1274 II BGB. Da es sich um die Verpfändung eines Rechts handelt, richtet sich die Verpfändung nach den Vorschriften für das Rechtspfand. Einschlägig sind somit zunächst die allgemeinen Bestimmungen für Pfandrechte, §§ 1204 ff. BGB, soweit sich aus §§ 1274 ff. nichts anderes ergibt, vgl. § 1273 II 1 BGB. Für die GmbH bedeutet dies, dass aber auch die Regeln des GmbH-Gesetzes bzw. des GmbH-Vertrages über die Übertragung von Gesellschaftsanteilen zur Anwendung gelangen, was sich aus § 1274 I 1 BGB ergibt. Maßgeblich sind somit nach § 1274 I 1 BGB die Bestimmungen, nach denen sich die Übertragung der Beteiligung richtet.⁷³⁰ Aus diesem Grund ist die Verpfändung grundsätzlich auch ohne ausdrückliche Zulassung in der Satzung möglich, weil auch die Abtretung zulässig ist, § 15 GmbHG.⁷³¹ Die Verpfändung erfordert gemäß §§ 1274 I 1 BGB, § 15 III GmbHG daher notarielle Beurkundung.

Anderes gilt wiederum für die Kommanditbeteiligung. Wie die Übertragung der Beteiligung setzt die Verpfändung im Hinblick auf das Verpfändungshindernis des § 1274 II BGB entweder die Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder die Zustimmung der Gesellschafter voraus.⁷³² Strittig ist allerdings, ob die Zustimmung zur Verpfändung rechtlich von der Zustimmung zur Abtretung zu trennen ist. Nach einer Auffassung sind die Zustimmungen generell nicht gleichzustellen, weil die Verpfändung im Vergleich zur Übertragung der Beteiligung zusätzliche Risiken für den Bestand und die Liquidität der Gesellschaft nach sich zieht, so dass die Zulassung der Übertragung allein nicht ausreicht, sondern vielmehr eine Zustimmung speziell zur Verpfändung zu fordern sei.⁷³³ Teilweise wird jedoch eine Gleichstellung bejaht.⁷³⁴ Richtigerweise muss man eine schematische Lösung ablehnen und auf den Einzelfall abstellen. Die Beurteilung ist somit eine Frage der Auslegung, wobei wohl im Zweifel nach überwiegender Meinung eine Gleichstellung abzulehnen ist.⁷³⁵ Die Bedeutung dieses Streits relativiert sich hier freilich dadurch, dass jedenfalls auch die Übertragung der Beteiligung – zumindest grundsätzlich – der Zustimmung der Gesellschafterversammlung im Einzelfall bedarf und nur für bestimmte Fälle eine Privilegierung vorgesehen ist.⁷³⁶ Aus Gründen der Rechtssicherheit ist auf eine hinreichend klare Regelung zu achten.

Rechtsfolge ist somit, dass die Verpfändung für die GmbH-Beteiligung wie ihre Abtretung grundsätzlich frei möglich ist, vgl. §§ 15 I, V GmbHG, während für die Beteiligung an der KG sozusagen eine Vinkulierung kraft Gesetzes besteht.⁷³⁷ Es ist somit Aufgabe der Vertragsgestaltung, wie im Falle der Abtretung, durch eine Einschränkung der Verpfändung der GmbH-Beteiligung sowie eine Erleichterung der Verpfändung der KG-Beteiligung den Interessen der Gesellschafter nach größtmöglicher Beteiligungs- und Gesellschafteridentität gerecht zu werden.

⁷²⁷ Die Verpfändung hat grundsätzlich eine große Bedeutung im Rahmen der Finanzierung der Gesellschaft im Gegensatz zur Rechtslage bei beweglichen Sachen, da hier die Sicherungsübertragung die Verpfändung als Kreditsicherungsmittel verdrängt hat, Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 2. So dient die Inpfandgabe der zu erwerbenden Gesellschaftsanteile an ein Kreditinstitut dem Ausgleich nicht vorhandener Eigenmittel des künftigen Gesellschafters im Rahmen eines kreditfinanzierten Anteilserwerbs. Zum anderen kommt der Verpfändung auch bei der Kreditaufnahme der Gesellschaft selbst im Wege einer von den Gesellschaftern zu gewährenden Sicherheit Bedeutung zu, vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 83; Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633. Diese Belastung der Beteiligung an der GmbH als Sicherungsmittel spielt häufig eine untergeordnete Rolle. Dies könnte im hier diskutierten Fall damit begründet werden, dass die GmbH auf die bloße Wahrnehmung der Komplementärtätigkeit beschränkt und nicht eigenwirtschaftlich tätig und am Kapital der KG nicht beteiligt ist, so dass die durch eine Verpfändung gewährte Sicherheit eigentlich unbedeutend ist, vgl. Heselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 101. Dennoch muss nach dem Prinzip des sichersten Weges auch diese Möglichkeit gesellschaftsvertraglich geregelt werden, da durch die mögliche Verwertung (vgl. hierzu Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633, 636) ein Auseinanderfallen der Beteiligungs- sowie Gesellschafteridentität droht. Zudem wird der Gläubiger insbesondere dann ein Interesse an einer Pfändung auch des GmbH-Anteils haben, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Kommanditisten auch an der GmbH beteiligt sind, vgl. Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 19. Der „Wert“ der GmbH-Beteiligung kann auch in diesem Fall beträchtlich sein. Gesellschaftsverträge der Komplementär-GmbH enthalten daher üblicherweise entsprechende Vertragsklauseln, vgl. nur Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 64 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 11.

⁷²⁸ RG, Urteil vom 2.12.1902, RGZ 53, 107, 109; Urteil vom 2.6.1904, RGZ 58, 223, 224; Urteil vom 26.11.1920, RGZ 100, 274, 276; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 37; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220 m. w. N.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 47; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 166; Scholz-Winter, § 15 Rn. 154; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 39. Ganz anders ist dies im Hinblick auf die vertragliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des Pfandrechtsgläubigers gegenüber dem betroffenen Gesellschafter sowie hinsichtlich der Beachtung der Kapitalerhaltungsregeln. Dies würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen, vgl. hierzu ausführlich Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633 ff. m.w.N.

⁷²⁹ Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 172; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 6; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 1; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 34.

⁷³⁰ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633; Scholz-Winter, § 15 Rn. 154.

⁷³¹ Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 20.

⁷³² Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 172; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 6; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 3; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 34.

⁷³³ Flume, Personengesellschaft, § 17 VII, S. 367 f.; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 423; entgegen GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 291, Fn. 605 ist auch Huber, Vermögensanteil, S. 417 dieser Ansicht, er bezieht sich ausdrücklich auf Wiedemann.

⁷³⁴ MünchKomm-Damrau, § 1274 Rn. 70; Beck'sches Handbuch-W. Müller, § 4 Rn. 42; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 291; Münch-Komm-Ulmer, § 719 Rn. 43.

⁷³⁵ Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 135 Rn. 15, § 124 Rn. 20; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 172; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 6; Heymann-Emmerich, HGB, § 135 Rn. 22; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 199; § 135 Rn. 34.

⁷³⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(2), S. 70.

⁷³⁷ Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 186; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 III.2.c).

(2) Gestaltung der GmbH-Satzung

(a) Vinkulierung

Wenn, wie nach der hier gewählten Vertragsgestaltung die Abtretung grundsätzlich an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft ist, so hängt auch die Bestellung des Pfandrechts grundsätzlich davon ab, §§ 1274 II iVm. 413, 399 BGB. Es ist jedoch auch möglich, dass im Gesellschaftsvertrag besondere, für die Abtretung der Beteiligung nicht geltende Voraussetzungen greifen, da im Umkehrschluss aus § 1274 II BGB nicht folgt, dass jedes übertragbare Recht auch pfändbar ist. Vielmehr greift § 15 V GmbHG auch für die Verpfändung. Ebenso ist eine Regelung in die andere Richtung möglich, die die Verpfändung geringeren Anforderungen unterwirft als die Abtretung. Auch der Ausschluss der Verpfändung ist möglich.⁷³⁸

Die maßgebliche Regelung ist wiederum an den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter zu orientieren und durch Abwägung mit den Gesellschaftszielen zu finden, wobei grundsätzlich hierfür keine anderen Überlegungen anzustellen sind als bei der Frage der Abtretung. Es dürften somit kaum Gesichtspunkte für eine Abweichung von der Regelung der Abtretung, insbesondere eine Einschränkung des Zustimmungserfordernisses, sprechen, weil ansonsten die Gefahr droht, dass der abtretungswillige Gesellschafter die für die Abtretung geltenden Beschränkungen durch die Verpfändung seines Geschäftsanteils umgeht.⁷³⁹

Es muss daher zur Wahrung der Beteiligungs- und Gesellschafteridentität wie bei der Abtretung ein Zustimmungsvorbehalt für die Verpfändung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.⁷⁴⁰ Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit zweckmäßig, hat nach der hier vertretenen Auffassung eigentlich aber nur deklaratorische Funktion, weil aufgrund § 1274 II BGB ohnehin eine Orientierung am Recht der Abtretung stattfindet mit der Folge, dass deren Beschränkungen automatisch auch für die Verpfändung gelten, wenn keine andere Bestimmung getroffen wird.⁷⁴¹ Es muss daher die Klausel, die bereits die Zustimmung für Abtretungen erfasst,⁷⁴² auf die Verpfändung des Geschäftsanteils erweitert werden. Entsprechend gelten dann auch wieder die Ausnahmen zugunsten bestimmter Personen wie im Falle der Abtretung.⁷⁴³

(b) Bestellung des Pfandrechts

Die Bestellung erfolgt durch einen dinglichen Vertrag und bedarf der notarieller Beurkundung, §§ 1274 I 1 BGB iVm. § 15 III GmbHG.⁷⁴⁴ Eine Anzeige nach § 1280 BGB ist nicht erforderlich, da diese Bestimmung nur Forderungen erfasst.⁷⁴⁵ Strittig ist die Anwendbarkeit von § 16 GmbHG auf die Verpfändung von Geschäftsanteilen. Eine direkte Anwendung scheidet aus, weil es an einem Wechsel in der Mitgliedschaft fehlt, wie ihn diese Bestimmung voraussetzt.⁷⁴⁶ § 16 GmbHG ist nach überwiegender Meinung anzuwenden, da sich die Verpfändung nach § 1274 I BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften richtet und somit auch nach § 16 GmbHG. Diese Bestimmung hat nach herrschender Meinung allerdings – wie schon für den Fall der Übertragung⁷⁴⁷ – keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Verfügung, da sich die Bestimmung nur auf das Verhältnis zur Gesellschaft bezieht, also auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Rechten des Pfandgläubigers

⁷³⁸ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 48; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; Müller, GmbHR 1969, 4, 5, nach dem aber § 137 BGB zu beachten ist; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 88; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 20; MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 168; Scholz-Winter, § 15 Rn. 154; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 41; a. A. für den Fall der Erleichterung der Voraussetzungen gegenüber der Abtretung Müller, GmbHR 1969, 4, 5. A. A. im Hinblick auf die grundsätzliche Geltung der für die Übertragung der Beteiligung bestehenden Beschränkungen auch für die Verpfändung des Geschäftsanteils, Armbrüster, GmbHR 2001, 941, 945, der hierfür allerdings eine Begründung schuldig bleibt.

⁷³⁹ Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633 f.

⁷⁴⁰ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 101.

⁷⁴¹ Vgl. wiederum Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 48; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 88; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 20; Scholz-Winter, § 15 Rn. 154; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 41. Geht man mit Armbrüster, GmbHR 2001, 941, 945 davon aus, dass die Verpfändung den Beschränkungen der Übertragung nicht unterliegt, so müsste man hierfür konsequenterweise eine konstitutive Regelung fordern.

⁷⁴² Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg), S. 70.

⁷⁴³ Vgl. Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternative 4 mit 2.

⁷⁴⁴ Äußerst strittig ist, inwieweit auch die zugrunde liegende Kausalvereinbarung der notariellen Beurkundung bedarf. Dies ist nicht unbedeutend, da aus einem wirksamen Kausalgeschäft auf die Abgabe der für die Bestellung des Pfandrechts erforderlichen dinglichen Willenserklärung geklagt werden kann. Ebenso ist an die Umdeutung einer formunwirksamen Verpfändung in wenigstens eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung zu denken, aus der dann auf die Bestellung des Pfandrechts in der Form des § 15 III GmbHG geklagt werden könnte, vgl. Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633, 634. Formbedürftigkeit käme in Betracht, wenn auch § 15 IV GmbHG greifen würde. Teils wird die Formbedürftigkeit mit dem Argument bejaht, dass Sinn und Zweck des § 15 IV GmbHG eine Warnfunktion ist, und daher auch das schuldrechtliche Geschäft der notariellen Beurkundung bedürfe, vgl. MünchKomm-Damrau, § 1274 Rn. 56. Überwiegend wird dies jedoch abgelehnt, weil eine dem § 1274 BGB entsprechende Regelung für das schuldrechtliche Geschäft gerade nicht existiert, vgl. RG, Urteil vom 2.6.1904, RGZ 58, 223, 225 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 222; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 82; Sudhoff-Schlitt, § 37 Rn. 22; Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633, 634; MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 167; Scholz-Winter, § 15 Rn. 156; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 40.

⁷⁴⁵ RG, Urteil vom 26.4.1904, RGZ 57, 414, 415; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220; Neukamp, ZHR 57 (1906), 479, 567 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 86; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 24; Sieger/Hasselbach, GmbHR 1999, 633, 634; MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 169; Scholz-Winter, § 15 Rn. 155 b; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 42; etwas anderes gilt nur dann, wenn sich das Pfandrecht auch auf bereits fällige Vermögensbezüge erstrecken soll, Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 425; Scholz-Winter, § 15 Rn. 155 b. Etwas anders kann jedoch in der Satzung vorgesehen werden, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220.

⁷⁴⁶ Michalski-Ebbing, § 16 Rn. 9; Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 22; Scholz-Winter, § 16 Rn. 44; Hachenburg-Zutt, § 16 Rn. 53.

⁷⁴⁷ Vgl. nur Michalski-Ebbing, § 16 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 3; Scholz-Winter, § 16 Rn. 1.

gegenüber der Gesellschaft; nur insoweit muss die Verpfändung aber wegen § 1274 I 1 BGB der Übertragung gleichgestellt werden.⁷⁴⁸ Es besteht auch hier eine Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft im Hinblick auf Leistungen, die die Gesellschaft an den Pfandgläubiger erbringt bzw. hinsichtlich Handlungen des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft ohne dessen Zustimmung, die dessen Rechte beeinträchtigen.⁷⁴⁹ Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher die Anmeldung auch der Verpfändung entsprechend den Anforderungen des § 16 GmbHG vorgenommen werden, insbesondere zur Vermeidung von Streitigkeiten und Nachweis-schwierigkeiten.⁷⁵⁰

(c) Klauselformulierung

Die Verfügungsklausel ist daher wie folgt zu erweitern:

(5) Absatz 1 Sätze 1 – 3 sowie Absätze 3 und 4 finden auf die Verpfändung eines Geschäftsanteils oder eines Teils davon entsprechende Anwendung.

(3) Gestaltung des KG-Vertrages

(a) Zustimmungsvorbehalt

Auch hier sprechen, wie bei der Verpfändung von GmbH-Anteilen, keine Gesichtspunkte für eine von den Bestimmungen zur Abtretung abweichende Regelung. Es muss wiederum keine gesetzliche Regelung eingeschränkt werden, sondern die gesetzlichen Vinkulierung vielmehr,⁷⁵¹ wenn auch beschränkt, aufgehoben werden. Da ein größtmöglicher Gleichlauf von GmbH- und KG-Vertrag zur Sicherung der Gesellschafter- und Beteiligungsidentität erreicht werden soll, muss die Regelung der Verpfändung bzgl. der KG-Beteiligung entsprechend der Regelung in der GmbH-Satzung auszugestalten und damit wie im Falle der Übertragung der Beteiligung. Die gesetzliche Vinkulierung der KG-Anteile ist also einzuschränken, indem die Verpfändung im Gesellschaftsvertrag für bestimmte Fälle zugelassen, grundsätzlich aber entsprechend der GmbH-Satzung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft wird, so dass jedenfalls das Erfordernis der Einstimmigkeit entfällt.⁷⁵² Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in den KG-Vertrag ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen.⁷⁵³

(b) Klauselformulierung

Die Verfügungsklausel ist somit um folgenden Absatz 5 zu erweitern:

(5) Absatz 2 Sätze 1 – 3 sowie Absatz 4 finden auf die Verpfändung eines Geschäftsanteils oder eines Teils davon entsprechende Anwendung.

(4) Verwertung

(a) Vorüberlegungen

Die Verwertung erfolgt nach § 1277 BGB grundsätzlich auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften.⁷⁵⁴ Die Parteien können allerdings in den Grenzen der §§ 1277, 2,

⁷⁴⁸ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 48, § 16 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48, § 16 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 22; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 87; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 37 Rn. 24; Scholz-Winter, § 15 Rn. 155 b, § 16 Rn. 44; ähnlich Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 42, § 16 Rn. 53; Anmeldung nach § 16 GmbHG nicht erforderlich, also grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung weil sie auch für die Anteilsübertragung nicht erforderlich ist; er nimmt jedoch an, dass die Verfügungsbeschränkungen nach §§ 1071, 1276 BGB gegenüber der Gesellschaft nur bei Anmeldung analog § 16 GmbHG gelten; zudem könne die Satzung die Anmeldung als Wirksamkeitsvoraussetzung statuieren; in diesem Sinne auch Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220, § 16 Rn. 9; Er weist hier neben der Relevanz im Hinblick auf die Geltendmachung von Rechten auf die Bestimmungen der §§ 1071, 1276 BGB hin; entgegen Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 42, Fn. 79 ist auch Neukamp, ZHR 57 (1906), 479, 566 nicht der Auffassung, die Anmeldung sei für die Wirksamkeit der Verpfändung von Belang, vgl. Neukamp, ZHR 57 (1906), 479, 567 f. A. A. Heidelberger Kommentar-GmbHHR-Bartl, § 16 Rn. 9, der weder von direkter noch analoger Anwendung ausgeht. Terminologisch ungenau ist allerdings, dass vielfach von einer entsprechenden oder analogen Anwendung des § 16 GmbHG ausgegangen wird, vgl. nur Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 220, § 16 Rn. 9; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 45; Hachenburg-Zutt, § Anh. 15 Rn. 42; richtigerweise erklärt sich die Anwendbarkeit über die Verweisung des § 1274 I 1 BGB, vgl. Scholz-Winter, § 15 Rn. 155 b.

⁷⁴⁹ Scholz-Winter, § 16 Rn. 44.

⁷⁵⁰ Heidelberger Kommentar-GmbHHR-Bartl, § 16 Rn. 9; Sieger/Hasselbach, GmbHHR 1999, 633, 634.

⁷⁵¹ Über § 1274 BGB erfolgt die Verweisung ins Abtretungsrecht, so dass die dortigen Ausführungen grundsätzlich greifen. Daher auch Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 186.

⁷⁵² Vgl. Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 8; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 101.

⁷⁵³ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.b)aa)(1), S. 72. Vgl. daher die Klausel zum GmbH-Vertrag oben 2. Kapitel: IV.2.b)aa)(2)(c), S. 74 sowie Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternativen 2 und 4; Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 17 II. Auch Hopt-Volhard/Weber Form II.B.2. Anm. 12 a. E.

⁷⁵⁴ Für die KG: Baumbach/Hopt, HGB, § 135 Rn. 16; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 175; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 6; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 292; für die GmbH: Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 234; Baum-

1229 BGB auch etwas anderes vereinbaren, insbesondere auf das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels verzichten, vgl. § 1277, 1 BGB a. E. Sie haben so die Möglichkeit, abweichend von § 1277 BGB einen Pfandverkauf durch privatrechtliche öffentliche Versteigerung (§§ 1273 II, 1235 I) oder durch freihändigen Verkauf (§§ 1277, 2, 1245 BGB) zu bestimmen.⁷⁵⁵ Nach richtiger Auffassung muss jedoch auch für diesen Fall die Beschränkung des 15 V GmbHG bzw. die für die Übertragung der KG-Beteiligung vorgesehene Vinkulierung greifen.⁷⁵⁶ Es handelt sich hier um die Veräußerung ohne Mitwirkung der Vollstreckungsorgane, die noch im Rahmen des privatrechtsgeschäftlichen Verkehrs stattfindet. Die Zustimmung zur Pfändung schließt daher nicht ohne weiteres auch diese Verwertungsart mit ein.⁷⁵⁷ Der Grund hierfür ist letztlich darin zu sehen, dass die Garantien, die (auch für die Gesellschaft) mit einer Verwertung auf der Grundlage der Anordnung des Vollstreckungsgerichts verbunden sind, hier fehlen.⁷⁵⁸

(b) Klauselformulierung

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss daher Absatz 5 der Zustimmungsklausel im GmbH und KG-Vertrag um einen Satz 2 ergänzt werden:

Für den GmbH-Vertrag:

- (5) Absatz 1 Sätze 1 – 3 sowie Absätze 3 und 4 finden auf die Verpfändung eines Geschäftsanteils oder eines Teils davon entsprechende Anwendung. Entsprechendes gilt für Abtretungen im Rahmen der Befriedigung aus dem Pfandrecht, wenn die Verwertung in Abweichung von § 1277 im Wege des Pfandverkaufs durch privatrechtliche öffentliche Versteigerung (§§ 1277 Satz 1, 1273 Absatz 2, 1235 Absatz 1 BGB) oder durch freihändigen Verkauf (§ 1277 Sätze 1 und 2, 1245 BGB) erfolgt.

Für den KG-Vertrag:

- (5) Absatz 2 Sätze 1 – 3 sowie Absatz 4 finden auf die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils oder eines Teils davon entsprechende Anwendung. Entsprechendes gilt für Abtretungen im Rahmen der Befriedigung aus dem Pfandrecht, wenn die Verwertung in Abweichung von § 1277 im Wege des Pfandverkaufs durch privatrechtliche öffentliche Versteigerung (§§ 1277 Satz 1, 1273 Absatz 2, 1235 Absatz 1 BGB) oder durch freihändigen Verkauf (§ 1277 Sätze 1 und 2, 1245 BGB) erfolgt.

bach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 50; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 90; Scholz-Winter, § 15 Rn. 171; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 47. Hinsichtlich der gesellschaftsvertraglichen Möglichkeiten der Verhinderung dieser Rechtsfolge sei auf die ausführlichen Ausführungen zur Zwangsvollstreckung verwiesen, vgl. unten **2. Kapitel: V.1, S. 79**.

⁷⁵⁵ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 235; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 50; Scholz-Winter, § 15 Rn. 171; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 47.

⁷⁵⁶ Vgl. daher hierzu ausführlich oben **2. Kapitel: IV.2.a), S. 60**.

⁷⁵⁷ OLG Hamburg, Beschluss vom 7.7.1959, NJW 1960, 870, 871; Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 15 Rn. 38; Scholz-Winter, § 15 Rn. 171; dagegen für die Annahme, dass die Zulassung der Verpfändung auch die Verwertung erfasst Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 235; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; Wiedemann, Mitgliedschaft, S 433; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 48. Vgl. zu einer ähnlichen Rechtslage auch unten Fn. **819**.

⁷⁵⁸ MünchKomm-Damrau, § 1274 Rn. 69.

bb) Nießbrauch am GmbH-⁷⁵⁹ bzw. GmbH & Co. KG- Anteil⁷⁶⁰

(1) Grundsätzliche Rechtslage bei GmbH und KG

Auch die Möglichkeit der Bestellung eines Nießbrauchs an den Anteilen von GmbH und KG ist heute kaum bestritten. Die Rechtslage ist vergleichbar mit der Verpfändung der Anteile. Der Nießbrauch verschafft dem Berechtigten als Spezialfall des Nießbrauchs an einem Recht, § 1068 BGB, die mittelbare Unternehmensteilhabe. Ihm wird das ausschließliche Nutzungsrecht übertragen.⁷⁶¹

Da Gegenstand eines Nießbrauchs auch Rechte sein können, § 1068 I BGB, und die GmbH-Beteiligung grundsätzlich frei übertragbar ist, §§ 1069 II BGB, § 15 I GmbHG, ist eine Nießbrauchsbestellung an einem GmbH-Anteil unproblematisch zulässig und auch außer Diskussion.⁷⁶² Auch für den Anteil an einer Personengesellschaft ist die Möglichkeit der Nießbrauchsbestellung nunmehr nach überwiegender Meinung wegen der jetzt anerkannten Übertragbarkeit der KG-Beteiligung⁷⁶³ als echter Nießbrauch an einem Recht, § 1068 BGB, ohne Vollübertragung des Gesellschaftsanteils auf den Nießbraucher zulässig.⁷⁶⁴

⁷⁵⁹ Grundsätzlich hat der Nießbrauch am GmbH-Anteil eine nur eingeschränkte Bedeutung, wenn deren Tätigkeit nur auf die Übernahme der persönlichen Haftung beschränkt ist. Etwas anderes gilt allerdings in der personengleichen GmbH & Co. KG, bei der meist beide Geschäftsanteile mitbelastet werden, vgl. Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 48. Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass die Bestellung eines Nießbrauchs häufig zur Vorbereitung einer Nachfolge in die Gesellschafterstellung genutzt wird, die im Falle der echten GmbH & Co. KG eben beide Beteiligungen erfasst, vgl. MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 63.

⁷⁶⁰ Der Nießbrauch spielt eine erhebliche praktische Rolle insbesondere im Hinblick auf Unternehmensfolge und Erbfolge, vgl. Reichert/Schlitt, in FS Flick, S. 217 ff.; MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 63. Dabei muss zwischen Nießbrauch am Unternehmen und solchem an der Beteiligung differenziert werden. Beim Unternehmensnießbrauch, vgl. § 22 II HGB, ist Gegenstand des Nießbrauchs nicht der Geschäftsanteil, sondern das Unternehmen selbst. Er ist damit eher in die Kategorie Unternehmensüberlassung einzuordnen. Demgegenüber betrifft der Nießbrauch an der Beteiligung wirtschaftlich die mittelbare Teilhabe am Unternehmen, indem dem Nießbraucher das ausschließliche Nutzungsrecht an der Beteiligung übertragen wird, §§ 1030, 1068 II BGB, vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 112, 114; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 5; MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Fn. 9; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 3, 4; Karsten Schmidt, Handelsrecht, § 6 III.3, Gesellschaftsrecht, § 61 II.1; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 114 jeweils m.w.N.

Von der Unterbeteiligung unterscheidet sich der Nießbrauch durch den Charakter als dingliche Belastung. Die Unterbeteiligung stellt dagegen nur eine Innengesellschaft zwischen Haupt- und Unterbeteiligten dar, die sich im Regelfall lediglich auf die Begründung obligatorischer Rechte zum Hauptbeteiligten beschränkt und keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft nach sich zieht, während der Nießbrauch ein zumindest mittelbares Recht an der Beteiligung selbst einräumt; vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Gehrlein, HGB, § 230 Rn. 85; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 58; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 6; MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 11; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 6; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 61 II.1.b).

Auch von der Treuhand unterscheidet sich der Nießbrauch. Während die treuhänderische Übertragung den Treuhänder mit verdrängender Wirkung in die Gesellschafterstellung einrücken lässt, sind bei der Nießbrauchsbestellung sowohl Gesellschafter als auch Nießbraucher am Gesellschaftsanteil berechtigt, weil eben – nach nunmehr h. M. auch für Anteile an Personengesellschaften, Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 8, 15 ff.; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 116, 119 sowie sogleich – der Geschäftsanteil nur belastet wird, vgl. eingehend Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 112; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 54; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 7; MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 12; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 7; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 61 II.1.b); GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 116.

Zu trennen ist der Nießbrauch an der Mitgliedschaft auch vom Nießbrauch an den einzelnen übertragbaren Rechten, vgl. § 717 2 BGB. Dies stellt nichts anderes als den Nießbrauch an einzelnen Forderungen dar; vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 119; MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 15; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 10; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 129.

⁷⁶¹ Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 1; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 3.

⁷⁶² Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 192; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 51; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 49; Reichert/Schlitt, in FS Flick, S. 217, 220; Reichert/Schlitt/Düll, GmbHR 1998, 565, 566; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 70; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 47; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 20; MünchHandbuchGmbH-Sommer, § 26 Rn. 60; Scholz-Winter, § 15 Rn. 188; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 58; a. A. soweit ersichtlich nur Sudhoff, NJW 1974, 2205, 2207.

⁷⁶³ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)aa), S. 60.

⁷⁶⁴ BGH, Urteil vom 20.4.1972, BGHZ 58, 316, 318 f.; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 199; Urteil vom 9.11.1998, NJW 1999, 571, 572; Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 44; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 112; Heymann-Emmerich, HGB, § 105 Rn. 65; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 8; MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 14; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 9; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 61 II.2.; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 115; a. A. nur Soergel-Hadding, § 717 Rn. 18; Die Nießbrauchsbestellung am Anteil sei entsprechend § 1085, 1 BGB dahin auszulegen, dass nur die einzelnen übertragbaren Vermögensrechte des Gesellschafters belastet worden sind.

Die Zulässigkeit war allerdings lange Zeit nicht anerkannt. Man wollte einen Nießbrauch am Gesellschaftsanteil ohne Vollübertragung nicht zulassen, Soergel-Baur, 11. Auflage, § 1068 Rn. 7; Hueck, § 27 II.8.; Sudhoff, NJW 1974, 2205, 2207; vgl. auch die weiteren Nachweise bei MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 14, Fn. 21 und GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 115, Fn. 251. Es waren daher Hilfskonstruktionen erforderlich, um zu einem wirtschaftlich vergleichbaren Ergebnis zu gelangen, Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 8. So wurde die Belastung eines Gewinnstammrechts als Zusammenfassung der Gewinnansprüche vorgeschlagen, vgl. Siebert, BB 1956, 1126 f.; vgl. auch Sudhoff, NJW 1971, 481, 483. Dies ist allerdings als unzulässig abzulehnen. Nach Flume basiert diese Lösung somit auf einer „Notlüge“, da es kein Gewinnstammrecht des Gesellschafters neben seiner Mitgliedschaft gibt, vgl. Flume, Personengesellschaft, § 17 VI, S. 360 f.; vgl. auch MünchHandbuchKG-Rodin, § 30 Rn. 32; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 9. Huber begründet seine Ablehnung damit, dass das Gewinnstammrecht kein Recht und schon gar kein übertragbares ist, Huber, Vermögensanteil, S. 414 f.

Des Weiteren wird auf eine treuhänderische Übertragung des Gesellschaftsanteils abgestellt. Dadurch erhält der Nießbraucher die volle Rechtsstellung als Gesellschafter für die Zeit des Nießbrauchs aufgrund einer schuldrechtlichen Nießbrauchsabrede und somit einen Überschuss an äußerer Rechtsmacht, vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1974, WM 1975, 174, 175; vgl. auch Hueck, § 27 II.8. Zwar ist diese Möglichkeit unstreitig zulässig, vgl. das genannte Urteil sowie MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 14; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 9; auch Soergel-Stürmer, BGB, § 1068 Rn. 7 d. Dies als einzige Lösungsmöglichkeit zu sehen ist allerdings nicht richtig, weil eine Trennung von Nutzungsrecht und Mitgliedschaft und Verwaltungsrechten nicht ausgeschlossen ist und eine Abspaltung der Mitverwaltungsrechte von der Gesellschafterstellung gerade – dies zieht die Gegenmeinung heran, vgl. nur Soergel-Baur, 11. Auflage, § 1068 Rn. 7 – nicht stattfindet, vgl. BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 199; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 112; Huber, Vermögensanteil, S. 416; MünchKommHGB-Karsten Schmidt, Vor § 230 Rn. 14; Schlegelberger-

Da es sich um den Nießbrauch an einem Recht handelt, richtet sich die Bestellung somit nach § 1069 BGB. Für die GmbH bedeutet dies, dass aber auch die Regeln des GmbH-Gesetzes bzw. des GmbH-Vertrages über die Übertragung von Gesellschaftsanteilen zur Anwendung gelangen. Aus diesem Grund ist die Bestellung des Nießbrauchs grundsätzlich auch ohne ausdrückliche Zulassung in der Satzung möglich, weil auch die Abtretung zulässig ist, § 15 GmbHG.⁷⁶⁵ Erforderlich gemäß §§ 1069 I, § 15 III GmbHG ist daher notarielle Beurkundung.⁷⁶⁶ Anderes gilt wiederum für die Kommanditbeteiligung. Wie die Übertragung der Beteiligung setzt diese entweder die Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder die Zustimmung der Gesellschafter voraus, § 1069 II BGB.⁷⁶⁷ Strittig ist allerdings, wie bei der Verpfändung, auch hier wieder, ob die Zulassung der Übertragung des Geschäftsanteils für die Belastung mit einem Nießbrauch ausreichend ist oder, ob dieser explizit geregelt sein muss. Teils wird die bloße Zulassung der Übertragbarkeit für ausreichend gehalten.⁷⁶⁸ Nach anderer Auffassung soll dies gerade nicht ausreichen, weil bei Übertragung und Bestellung eines Nießbrauchs unterschiedliche Interessenlagen für die Mitgesellschafter gegeben seien. Im ersten Fall gehe es vor allem um die Aufnahme einer gesellschaftsfremden Person, beim Nießbrauch dagegen darum, dass die Mitgesellschafter sich nunmehr zwei Berechtigten gegenübersehen, was zu Erschwerungen für diese führe.⁷⁶⁹ Es spricht allerdings viel dafür, wie im Falle der Verpfändung eine schematische Lösung abzulehnen und auf den Einzelfall und damit die Auslegung abzustellen und im Zweifel von der Trennung der Zustimmungserfordernisse auszugehen.⁷⁷⁰ Die Bedeutung des Streits relativiert sich wie schon im Falle der Verpfändung dadurch, dass die Übertragung ohnehin vinkuliert ist und nur bestimmte Fälle privilegiert sind, grundsätzlich aber eine Entscheidung im Einzelfall zu treffen ist.⁷⁷¹ Die Rechtssicherheit gebietet auch hier eine genaue Regelung im Gesellschaftsvertrag. Rechtsfolge ist somit, dass die Bestellung des Nießbrauchs wie im Falle der Abtretung für die GmbH-Beteiligung grundsätzlich frei möglich ist, vgl. §§ 15 I, V GmbHG, während sie für die Beteiligung an der KG kraft Gesetzes vinkuliert ist.⁷⁷² Es ist somit Aufgabe der Vertragsgestaltung parallel Abtretung und Verpfändung durch eine Einschränkung auf Seiten der GmbH sowie einer Erleichterung auf Seiten der KG den Interessen der Gesellschafter nach größtmöglicher Beteiligungs- und Gesellschafteridentität gerecht zu werden. Auch durch die Bestellung eines Nießbrauchs wird die Gesellschafter- und Beteiligungsstruktur aufgrund der Einflussnahme Dritter zumindest gestört.

(2) Gestaltung des GmbH-Vertrags

(a) Vinkulierung

Die Rechtslage ist mit der der Verpfändung von GmbH-Anteilen vergleichbar, so dass auf die Ausführungen dazu verwiesen werden kann.⁷⁷³ Insbesondere gelten die Beschränkungen des § 15 V GmbHG über § 1069 II BGB auch für die Bestellung des Nießbrauchs.⁷⁷⁴ Nach einer Mindermeinung ist dies allerdings nicht der Fall, was wiederum mit der unterschiedlichen Interessenlage der Mitgesellschafter im Hinblick auf die Abtretung und die Bestellung eines Nießbrauchs begründet wird.⁷⁷⁵ Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die entsprechende Klausel daher unter Berücksichtigung dieses Streits zu verfassen und eine explizite Regelung auch für die Bestellung eines Nießbrauchs aufzunehmen.

Karsten Schmidt, HGB, vor § 335 Rn. 9; GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 115. Mit der Anerkennung der Übertragbarkeit bestehen keine berechtigten Bedenken mehr, vgl. *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 8.

⁷⁶⁵ *Sudhoff-Schlitt*, § 38 Rn. 50. Nach einer absoluten Mindermeinung, soll die prinzipielle Zustimmungsfreiheit der Anteilsübertragung nicht zugleich die grundsätzliche Möglichkeit der Nießbrauchsbestellung einschließen, *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 254; vgl. auch *Fleck*, in FS Fischer, S. 107, 120, vgl. insbesondere die Begründung zur KG-Beteiligung weiter unten.

⁷⁶⁶ Es gilt nichts anderes als bei der Verpfändung, *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 15 Rn. 37; *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 193; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 51; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 70; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 49; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 189; *Hachenburg-Zutt*, Anh. § 15 Rn. 58. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Einräumung eines Nießbrauchs kann dagegen wiederum formlos eingegangen werden. § 15 IV GmbHG ist nicht einschlägig, vgl. *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 15 Rn. 37; *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 193; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 51; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 70; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 49; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 189.

⁷⁶⁷ Vgl. *Heymann-Emmerich*, HGB, § 135 Rn. 22; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 10; *MünchKommHGB-Karsten Schmidt*, Vor § 230 Rn. 16; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, vor § 335 Rn. 11; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 61 II.2; GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 119.

⁷⁶⁸ *Heymann-Emmerich*, HGB, § 105 Rn. 66; *Huber*, Vermögensanteil, S. 413; *MünchKommHGB-Karsten Schmidt*, Vor § 230 Rn. 16; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, vor § 335 Rn. 11.

⁷⁶⁹ Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 44; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 10; *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 253 f.; GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 119; *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 400. Vgl. auch *Petzoldt*, DSr 1992, 1171, *MünchKomm-Petzoldt*, § 1068 Rn. 12, der von der Aufspaltung der Mitverwaltungsrechte durch die Nießbrauchsbestellung ausgeht und dies den Mitgesellschaftern nur zumuten will, wenn sie zugestimmt haben; die Auswirkungen der Nießbrauchsbestellung auf die Rechtsstellung der Beteiligten sind allerdings umstritten, insbesondere im Hinblick auf eine Aufspaltung der Mitverwaltungsrechte. Vgl. ausführlich zur Rechtsstellung *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 16 ff.; *MünchKommHGB-Karsten Schmidt*, Vor § 230 Rn. 21; GroßkommentarHGB-*Ulmer*, § 105 Rn. 124 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen.

⁷⁷⁰ Vgl. zur Verpfändung *Baumbach/Hopt*, HGB, § 135 Rn. 15, § 124 Rn. 20; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 135 Rn. 22; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 135 Rn. 34.

⁷⁷¹ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(2), S. 70.

⁷⁷² *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 105 Rn. 186; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 III.2.c).

⁷⁷³ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.b)aa)(2)(a), S. 73.

⁷⁷⁴ OLG Koblenz, Urteil vom 16.1.1992, NJW 1992, 2163, 2164; *Reichert/Schlitt*, in FS Flick, S. 217, 221; *Reichert/Schlitt/Düll*, GmbHR 1998, 565, 566; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 70; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 50; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, vor § 335 Rn. 20; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 188; *Hachenburg-Zutt*, Anh. § 15 Rn. 58 i.V.m. Rn. 41.

⁷⁷⁵ *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 49; *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 239; vgl. bereits oben Fn. 765.

Auch im Hinblick auf die Bestellung eines Nießbrauchs gibt es kaum Gesichtspunkte, die für eine von der Übertragung der Beteiligung abweichende vertragliche Gestaltung sprechen könnten. Zwar wird teilweise gegen eine Gleichsetzung von Abtretung und Bestellung des Nießbrauchs angeführt, dass die Interessenlage der Mitgesellschafter in beiden Fällen wesensverschieden sei. Während es im ersteren Falle meist um die Aufnahme eines neuen Gesellschafters gehe, stehe im Falle des Nießbrauchs dagegen im Vordergrund, dass sich die Mitgesellschafter bezüglich ein und desselben Geschäftsanteils auf einmal zwei Berechtigten gegenübersehen.⁷⁷⁶ Daher wird eine Gleichstellung abgelehnt.

Dem ist allerdings zu entgegnen, dass eine Differenzierung zwischen der originären Abtretung der Beteiligung und der Bestellung eines Nießbrauchs mehr ein quantitativer als ein qualitativer Unterschied besteht und somit die Bestellung eines Nießbrauchs wie auch die Verpfändung als Minus zur Abtretung zu betrachten ist, so dass jedenfalls für die gesellschaftsvertragliche Gestaltung die gleichen Erwägungen gelten müssen wie im Hinblick auf die Übertragung der Beteiligung.⁷⁷⁷

Daher muss im Hinblick auf die Wahrung der Machtverhältnisse in GmbH und KG, wiederum ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung eines Nießbrauchs in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.⁷⁷⁸ Dies geschieht nur aus Gründen der Rechtssicherheit, und hat nach der hier vertretenen Auffassung rein deklaratorische Funktion, weil gemäß § 1069 II BGB ohnehin eine Orientierung am Recht der Abtretung stattfindet mit der Folge, dass deren Beschränkungen automatisch auch für die Bestellung des Nießbrauchs gelten, wenn keine andere Bestimmung getroffen wird.⁷⁷⁹ Aus Gründen der Rechtssicherheit ist daher die Klausel, die bereits die Zustimmung für Abtretungen erfasst,⁷⁸⁰ neben der Verpfändung⁷⁸¹ des Geschäftsanteils auch auf die Bestellung eines Nießbrauchs zu erweitern. Entsprechend gelten dann auch wieder die Ausnahmen zugunsten bestimmter Personen wie im Falle der Abtretung.⁷⁸²

(b) Bestellung des Nießbrauchs

Die Bestellung erfolgt durch dinglichen Vertrag in notarieller Form, §§ 1069 I BGB, 15 III GmbHG. Fraglich ist auch hier wieder, ob eine Anzeige nach § 16 GmbHG erforderlich ist bzw. welche Folgen eine fehlende Anzeige hat. Eine direkte Anwendung scheitert wie im Falle der Verpfändung am Vorliegen eines Wechsels in der Mitgliedschaft.⁷⁸³ Es gelten hier keine anderen Argumente als schon im Falle der Verpfändung des Geschäftsanteils, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁷⁸⁴ Diese Bestimmung hat nach herrschender Meinung keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Verfügung, da sich die Bestimmung nur auf das Verhältnis zur Gesellschaft bezieht, also auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Rechten des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher die Anmeldung auch des Nießbrauchs entsprechend den Anforderungen des § 16 GmbHG vorgenommen werden.

(c) Klauselformulierung

Die Klausel zur Abtretung und Verpfändung müsste daher in Absatz 5 wie folgt ergänzt werden:

- (5) Absatz 1 Sätze 1 – 3 sowie Absätze 3 und 4 finden auf die Verpfändung eines Geschäftsanteils oder eines Teils davon sowie auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil oder einem Teil davon entsprechende Anwendung. Entsprechendes gilt für Abtretungen im Rahmen der Befriedigung aus dem Pfandrecht, wenn die Verwertung in Abweichung von § 1277 im Wege des Pfandverkaufs durch privatrechtliche öffentliche Versteigerung (§§ 1277 Satz 1, 1273 Absatz 2, 1235 Absatz 1 BGB) oder durch freihändigen Verkauf (§ 1277 Sätze 1 und 2, 1245 BGB) erfolgt.

⁷⁷⁶ Mit dieser Argumentation wird schließlich auch von dieser Meinung in der bloßen Zulassung der Abtretung von GmbH und KG-Geschäftsanteilen nicht zugleich die Zulassung der Bestellung eines Nießbrauchs gesehen, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 44; *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 253 f.; vgl. bereits oben **2. Kapitel: IV.2.b)bb)(1), S. 76**.

⁷⁷⁷ Vgl. insbesondere auch *Sieger/Hasselbach*, GmbHR 1999, 633.

⁷⁷⁸ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 101.

⁷⁷⁹ OLG Koblenz, Urteil vom 16.1.1992, NJW 1992, 2163, 2164; *Reichert/Schlitt*, in FS Flick, S. 217, 221; *Reichert/Schlitt/Düll*, GmbHR 1998, 565, 566; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 50; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, vor § 335 Rn. 20; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 188; *Hachenburg-Zutt*, Anh. § 15 Rn. 58 i.V.m. Rn. 41; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 70. A. A. *Lut-ter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 49; *Schön*, ZHR 158 (1994), 229, 239.

⁷⁸⁰ Vgl. oben **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg), S. 70**.

⁷⁸¹ Vgl. oben **2. Kapitel: IV.2.b)aa)(2)(a), S. 73**.

⁷⁸² Vgl. *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternative 4 mit 2.

⁷⁸³ *Scholz-Winter*, § 16 Rn. 44.

⁷⁸⁴ Vgl. RG, Urteil vom 24.11.1933, JW 1934, 976, 977; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 51; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 71; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 38 Rn. 51; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 189; *Hachenburg-Zutt*, Anh. § 15 Rn. 58. Vgl. daher ausführlich oben zur Verpfändung **2. Kapitel: IV.2.b)aa)(2)(b), S. 73**.

(3) Gestaltung des KG-Vertrags

(a) Vorüberlegungen

Wiederum spricht nichts für eine von den Bestimmungen zur Abtretung abweichende Regelung. Aufgrund der gesetzlichen Vinkulierung⁷⁸⁵ muss eine, wenn auch beschränkte, Erweiterung der Verfügungsmöglichkeit geschaffen werden.

Die gesetzliche Vinkulierung der KG-Anteile ist also einzuschränken, indem die Nießbrauchsbestellung im Gesellschaftsvertrag für bestimmte Fälle zugelassen, grundsätzlich aber wie in der GmbH-Satzung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft wird, so dass jedenfalls das Erfordernis der Einstimmigkeit entfällt.⁷⁸⁶

Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in den KG-Vertrag ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen.⁷⁸⁷

(b) Klauselformulierung

Die Klausel zu Verfügungen ist wie folgt zu ergänzen:

- (5) Absatz 2 Sätze 1 – 3 sowie Absatz 4 finden auf die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils oder eines Teils davon sowie die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil oder einem Teil entsprechende Anwendung. Entsprechendes gilt für Abtretungen im Rahmen der Befriedigung aus dem Pfandrecht, wenn die Verwertung in Abweichung von § 1277 im Wege des Pfandverkaufs durch privatrechtliche öffentliche Versteigerung (§§ 1277 Satz 1, 1273 Absatz 2, 1235 Absatz 1 BGB) oder durch freihändigen Verkauf (§ 1277 Sätze 1 und 2, 1245 BGB) erfolgt.

V. MAßNAHMEN DRITTER

Auch Maßnahmen Dritter bedrohen die angestrebte Beteiligungsidentität in KG und Komplementär-GmbH, insbesondere in der Zwangsvollstreckung sowie der Insolvenz.

1. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Privatgläubigers

a) Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG

aa) Rechtslage in der KG⁷⁸⁸

Die Pfändbarkeit des Anteils richtet sich nach § 859 I 1 ZPO. Diese Bestimmung spricht zwar explizit nur von der Zwangsvollstreckung in Anteile am Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft Bürgerlichen Rechts nach § 705 BGB. Sie wird jedoch nach nahezu einhelliger Meinung aufgrund der Bestimmungen der §§ 161 II, 105 III HGB auch auf die Anteile an Personenhandelsgesellschaften wie OHG und KG angewendet und zwar unabhängig davon, ob die Übertragung der Beteiligung im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist,⁷⁸⁹ oder ob die übrigen Gesellschafter widersprochen haben.⁷⁹⁰ Die Pfändung des Anteils erfolgt nach § 857 ZPO (iVm. § 829 ZPO).⁷⁹¹ Sie richtet sich nicht nach § 857 II ZPO als drittschuldnerloses Recht. Strittig ist, wer als Drittschuldner anzusehen ist.

⁷⁸⁵ Über § 1069 I BGB erfolgt die Verweisung ins Abtretungsrecht, so dass die dortigen Ausführungen grundsätzlich greifen. Daher auch Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 186.

⁷⁸⁶ Vgl. Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 8; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 101.

⁷⁸⁷ Vgl. bereits oben 2. Kapitel: IV.2.b)bb)(1), S. 76. Vgl. daher die Klausel zum GmbH-Vertrag oben 2. Kapitel: IV.2.b)bb)(2)(c), S. 78 sowie Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 10 Variante 1 Alternativen 2 und 4; Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 17 II. Auch Hopt-Volhard/Weber Form II.B.2. Anm. 12 a. E.

⁷⁸⁸ Denkbar ist im Falle der hier diskutierten echten GmbH & Co. KG nur der Zugriff des Privatgläubigers eines Kommanditisten auf dessen Anteil, da die GmbH selbst nicht eigenwirtschaftlich tätig ist, ihr Zweck vielmehr auf die Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben als Komplementärin der KG beschränkt ist, vgl. oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5. Denkbar sind somit nur Ansprüche, die in einem Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft wurzeln. Hierfür ist das Kündigungsrecht nach § 135 HGB nicht erforderlich, da Gesellschaftsgläubiger direkt gegen die Gesellschaft vorgehen und in deren Vermögen vollstrecken können. Ein auf § 128 HGB basierender Titel berechtigt daher nicht zur Kündigung nach § 135 HGB, Baumbach/Hopt, § 135 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 4. Die Problematik des Wegfalls des einzigen Komplementärs stellt sich somit an dieser Stelle nicht, vgl. zu diesem Problemkreis ausführlich unten 3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210.

⁷⁸⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)aa), S. 60.

⁷⁹⁰ BGH, Urteil vom 8.12.1971, WM 1972, 81; BFH, Urteil vom 13.1.1987, NJW 1987, 2703; Baumbach/Hopt, § 124 Rn. 21; Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 12; Thomas/Putzo-Putzo, § 859 Rn. 2; MünchHandbuchKG-Rodin, § 31 Rn. 11; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co.KG, § 44 Rn. 14; jetzt auch Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 IV. [vgl. aber noch Karsten Schmidt, JR 1977, 177 ff. sowie AcP 182 (1982), 481, 495: Bei allen Arten von Personengesellschaften erfasse die Pfändung des Anteils nur die nach § 717, 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte; dagegen ausdrücklich BGH, Urteil vom 21.4.1986, BGHZ 97, 392, 394; hierzu genauer unten Fn. 795]; Zöller-Stöber, § 859 Rn. 6, 10; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 290; nach anderer, heute nicht mehr vertretener Auffassung scheidet eine Anwendung von § 859 ZPO aus, so dass eine Pfändung nur dann in Betracht kommt, wenn eine Übertragung des Anteils nicht ausgeschlossen ist, da ansonsten die Bestimmung des § 851 I ZPO entgegensteht, vgl. Furtner, MDR 1965, 613, 616 f.; Rupp/Fleischmann, Rpfleger 1984, 223 f.

⁷⁹¹ Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 3; Zöller-Stöber, § 859 Rn. 7.

Nach Ansicht des BGH ist dies die Gesellschaft als Gesamthand, so dass die Pfändung durch Zustellung an diese, vertreten durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter, bewirkt wird.⁷⁹² Es empfiehlt sich jedoch, zusätzlich die übrigen Gesellschafter als Drittschuldner zu behandeln,⁷⁹³ zumal diese im Schrifttum teilweise als alleinige Drittschuldner angesehen werden.⁷⁹⁴ Rechtsfolge ist nach der nunmehr kaum noch angezweifelt Auffassung der Zugriff auf die Mitgliedschaft als solche.⁷⁹⁵ Nach h. M. stehen dem Gläubiger eines KG-Gesellschafters somit verschiedene Zugriffsobjekte zur Verfügung. Der Gläubiger kann zum einen Einzelansprüche des Gesellschafters pfänden lassen, so insbesondere den Gewinnanspruch sowie den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Dies ist kein Fall des § 859 I 1 ZPO, da diese Einzelansprüche selbständig übertragbar sind und somit in diese auch vollstreckt werden kann, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. §§ 717 2 BGB, 851 I ZPO. Daneben hat er die Möglichkeit der Pfändung des Gesellschaftsanteils selbst gemäß § 859 I 1 ZPO.⁷⁹⁶

Die Verwertung ist im Wege der Veräußerung des gepfändeten Gesellschaftsanteils möglich, stellt allerdings den absoluten Ausnahmefall dar und setzt voraus, dass entweder der Anteil an der KG frei veräußerbar ist oder dass alle Mitgesellschafter zugestimmt haben. Der gesetzlich vorgesehene Weg der Verwertung des Anteils ist die Kündigung nach §§ 135, 161 II HGB.⁷⁹⁷ Die Bestimmung des § 135 HGB ist freilich im Hinblick auf die Gesellschafteridentität problematisch, weil sie dem Privatgläubiger das Recht einräumt, bei Vorliegen der Voraussetzungen die Gesellschaft zu kündigen. § 135 HGB erfasst nach seinem Wortlaut zwar nur die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben. Es genügt allerdings die Pfändung und Überweisung des Anteils als solchem, da dies die Gesamtheit der Gesellschafterrechte erfasst, soweit sie der Pfändung unterliegen, insbesondere also den Auseinandersetzungsanspruch, § 717 2 BGB, § 851 I ZPO.⁷⁹⁸ Rechtsfolge ist entgegen § 131 Nr. 6 a. F. HGB nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern die Fortsetzung derselben bei gleichzeitigem Ausscheiden des Schuldnergesellschafters zum Ende des Geschäftsjahrs, §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 4 iVm. III 2, 135 HGB.⁷⁹⁹ Der Gesellschaftsanteil wächst dabei automatisch den verbleibenden Gesellschaftern anteilig, entsprechend dem bisherigen Beteiligungsverhältnis, an. Eines besonderen Übertragungsaktes bedarf es nicht, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 1 BGB.⁸⁰⁰ Das Pfändungspfandrecht des Gläubigers setzt sich dann an dem Abfindungsanspruch fort, der dem Ausscheidenden zusteht. Das gepfändete Abfindungsguthaben ist an ihn auszukehren.⁸⁰¹

⁷⁹² BGH, Urteil vom 21.1.1986, BGHZ 97, 392, 396. So auch Staudinger-Habermeier, § 725 Rn. 9; Thomas/Putzo-Putzo, § 859 Rn. 3; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Fn. 15; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 12; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 IV.3.a).

⁷⁹³ Stöber, Forderungspfändung Rn. 1584.

⁷⁹⁴ Staudinger-Keßler, 12. A., § 725 Rn. 6; überwiegend wird jedoch auch von denjenigen, die die Mitgesellschafter als Drittschuldner ansehen, in der Zustellung an die Gesellschaft die Bewirkung der Pfändung gesehen, vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 859 Rn. 3; Zöller-Stöber, § 859 Rn. 7; Stöber geht dagegen in Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 12 i.V.m. 3 davon aus, dass die Gesellschaft Drittschuldner ist, lässt es aber letztendlich wohl offen und geht den sichersten Weg, indem er sowohl die Gesellschaft als auch die Mitgesellschafter kumulativ als Drittschuldner aufführt, Stöber, Forderungspfändung Rn. 1584 i. V. m. Rn. 1552. Dem ist zu folgen.

⁷⁹⁵ Die Frage, welcher Umfang dem Pfandrecht beizumessen ist, war lange Zeit heftigst umstritten. Dieser Streit dürfte allerdings seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1986, BGHZ 97, 392, als überholt zu bezeichnen sein. Nach der vom Gesetzgeber zugrundegelegten Auffassung, die noch von der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft (vgl. oben Fn. 612) ausging, konnte die Anteilspfändung bei der Personengesellschaft nur verstanden werden als globale Pfändung sämtlicher mitgliedschaftlicher Forderungsrechte, vgl. Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 9; ders., Gesellschaftsrecht, § 19 IV.3.; vgl. noch Karsten Schmidt, JR 1977, 177 ff. sowie AcP 182 (1982), 481, 495. Nach der nunmehr herrschenden Meinung ist allerdings davon auszugehen, dass nur noch von einer Vinkulierung der Gesellschaftsanteile kraft Gesetzes auszugehen ist, die Übertragbarkeit also nur noch als Zustimmungsbefähigung zu verstehen, vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 IV.3. sowie oben 2. Kapitel: IV.2.a)aa), S. 60. In Konsequenz dieser Erkenntnis folgert auch der Bundesgerichtshof und ihm folgend die h.M., dass die Anteilspfändung eben im wahrsten Sinne des Wortes als Zugriff auf die Mitgliedschaft zu verstehen ist, BGH, Urteil vom 21.4.1986, BGHZ 97, 392, 394; Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn. 21; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 11; MünchHandbuchKG-Rodin, § 31 Rn. 12; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 IV.3., § 45 IV.2.b); Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 9; MünchKomm-Ulmer, § 725 Rn. 8. Primärer Verwertungsgegenstand sind allerdings auch hier die Ansprüche auf Gewinn und Liquidationserlös, BGH, Urteil vom 5.12.1991, BGHZ 116, 222, 229; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 IV.2.b). Nicht zuletzt deshalb zeigt sich ein Unterschied zwischen beiden Auffassungen ohnehin nur dann, wenn rechtsgeschäftliche Verfügungen über die abtretbaren Forderungen mit Pfändungsmaßnahmen kollidieren, Rodin, in MünchHandbuchKG, § 31 Rn. 13.

⁷⁹⁶ Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 9; ders., Gesellschaftsrecht, § 45 IV.1. und 2.

⁷⁹⁷ Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn. 21; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 22; das Vollstreckungsgericht kann dann durch Beschluss die Veräußerung nach §§ 844, 857 III ZPO anordnen, MünchHandbuchKG-Rodin, § 31 Rn. 18; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 22; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 14; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 IV.3.c).

⁷⁹⁸ BGH, Urteil vom 5.12.1991, BGHZ 116, 222, 229; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 17; ders., Gesellschaftsrecht, § 45 IV.3.c); GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 290. Teilweise wird auch aus der Tatsache, dass die Bestimmung des § 135 HGB auf den Wortlaut des § 126 ADHGB zurückgeht, deren Ungenauigkeit gefolgert. Nach dieser Auffassung ist diese Bestimmung wie § 725 BGB zu lesen, mithin als Pfändung des Gesellschaftsanteils zu verstehen, Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 11.

⁷⁹⁹ Die Gesellschaft wird somit auch ohne explizite Fortsetzungsklausel unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt, Sudhoff-Schlitt, § 44 Rn. 21.

⁸⁰⁰ HM. Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 39; HGB Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 20 i.V.m. § 131 Rn. 56; nach a. A. folgt dies schon aus der Tatsache, dass die Gesamthandsgesellschaft selbst Rechtsträgerin ist, § 124 HGB, so dass § 738 I 1 BGB nur etwas aus dieser Sicht selbstverständliches zum Ausdruck bringt: Das Gesellschaftsvermögen steht immer der Gesellschaft zu, unabhängig davon, wie viele Gesellschafter beteiligt sind, so dass sich nur der in Zahlen ausgedrückte Wertanteil der einzelnen Gesellschafter verändert, vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 II.5. Der Streit dreht sich letztlich um die Frage, ob mit der Anwartschaft ein Rechtsübergang verbunden ist, Karsten Schmidt, § 45 II.5., hat jedoch keinerlei praktische Relevanz, Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 56.

⁸⁰¹ Baumbach/Hopt, HGB, § 135 Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 20.

bb) Rechtslage in der Komplementär-GmbH

Anders ist die Situation in der Komplementär-GmbH. Da die Kommanditisten gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind, wird der Gesellschaftergläubiger zugleich ein Interesse daran haben, auch diesen Anteil pfänden zu lassen.⁸⁰² Die Pfändung von GmbH-Anteilen richtet sich nach §§ 857 I, 829 III ZPO. Es kann heute als weitgehend unstreitig angesehen werden, dass die GmbH als Drittschuldner im Sinne des § 857 II ZPO anzusehen ist, weil der Geschäftsanteil Rechte an der Gesellschaft vermittelt und durch die Pfändung Interessen der Gesellschaft berührt werden können. Folglich kann die Pfändung erst dann als bewirkt angesehen werden, wenn der Pfändungsbeschluss nicht nur dem Schuldner, sondern auch der Gesellschaft zugestellt worden ist.⁸⁰³ Der Gläubiger hat allerdings im Gegensatz zum Recht der Personengesellschaften nicht die Möglichkeit der Kündigung. Die Verwertung des gepfändeten GmbH-Anteils erfolgt nämlich normalerweise im Wege der Veräußerung gemäß § 844 ZPO auf Anordnung des Gerichts. Die Zulässigkeit ist für veräußerliche Rechte, worunter auch der GmbH-Anteil nach § 15 I GmbHG fällt, in § 857 V ZPO geregelt.⁸⁰⁴ Von der Pfändung erfasst werden jedenfalls auch die Surrogate des Anteils, vor allem das Auseinandersetzungsguthaben. Umstritten ist allerdings, ob, wie im Recht der Personengesellschaften, auch Ansprüche, die den Geschäftsanteil nicht surrogieren, wie Gewinnansprüche, von der Pfändung des Anteils erfasst werden.⁸⁰⁵ Deshalb ist es aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, diese ausdrücklich mitzupfänden.⁸⁰⁶

Eine gerichtliche Überweisung des Geschäftsanteils zur Einziehung an den Privatgläubiger scheidet dagegen grundsätzlich ebenso aus wie die Überweisung an Zahlung statt zum Nennwert, § 835 ZPO. Dem Geschäftsanteil kann kein Nennwert beigemessen werden, der dem einer Geldforderung entspricht. Lediglich die Ansprüche auf Gewinn, Abfindung oder Auskehrung des Auseinandersetzungsguthabens können zur Einziehung überwiesen werden.⁸⁰⁷ Eine Überweisung zur Einziehung darf allerdings nach richtiger Auffassung nicht generell ausgeschlossen werden. Die Ablehnung der Überweisung zur Einziehung wird zwar teils mit dem Argument betrieben, dass eine Fremdverwaltung eben nur an Sachen und Rechten möglich ist, der Geschäftsanteil dagegen aber als Gesamtheit aller mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten verstanden wird.⁸⁰⁸ Richtigerweise kann dies der Überweisung nicht entgegenstehen. Es muss vielmehr jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob die Veräußerung oder sonstige Verwertung nach § 844 ZPO möglich und günstiger ist als die Überweisung. Hier kann es insbesondere eine Rolle spielen, ob nach § 60 II GmbHG die Kündigung als Auflösungsgrund vereinbart ist, da diese dann als Nebenrecht i.S.d. § 401 BGB nach Überweisung des Geschäftsanteils zur Einziehung auch vom Pfändungsgläubiger geltend gemacht werden könnte.⁸⁰⁹ In diesem Fall kann der Sinn und Zweck der Überweisung zur Einziehung, der in einer Befriedigung des Gläubigers zu sehen ist, erreicht werden.⁸¹⁰ Ansonsten geht die Überweisung ins Leere, weil es sich bei dem GmbH-Anteil gerade nicht um eine Geldforderung handelt, die der Gläubiger im Wege der Geltendmachung im eigenen Namen beim Drittschuldner eintreiben kann,⁸¹¹ sondern um die Mitgliedschaft selbst. Im Falle eines Kündigungsrechts nach § 60 II GmbHG, dessen Geltendmachung zur

⁸⁰² Vgl. Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 30.

⁸⁰³ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 236; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 59; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 51; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 134; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 30 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.2.; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 425 f.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 172; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 78, 82; vgl. auch Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 18. Vgl. zur alten Auffassung, die die Drittschuldnerereignischarakter der GmbH verneint, RG, Urteil vom 26.4.1904, RGZ 57, 414, 415 sowie die weiteren Nachweise bei Scholz-Winter, § 15 Rn. 172, Fn. 726. Vgl. allgemein zur Drittschuldnerereignischarakter i. S. d. §§ 857 II, 829 III ZPO BGH, Beschluss vom 18.12.1967, BGHZ 49, 197, 204 f.

⁸⁰⁴ LG Berlin, Beschluss vom 9.3.1987, GmbHR 1988, 70; Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 21; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 241; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 62; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 51; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 142; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 34; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.2.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 175; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 82; vgl. ausführlich auch Kranz, S. 59 f., nach der die Anordnung der Veräußerung neben §§ 857 I, 844 ZPO auch auf § 857 V ZPO gestützt werden kann. Die Verwertung erfolgt dann meist in der Form der öffentlichen Versteigerung, oder bei besonderer gerichtlicher Anordnung auch durch freihändigen Verkauf, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 241; Kranz, S. 60; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 51; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 142; Scholz-Winter, § 15 Rn. 177; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 83. Der Erwerb erfolgt im Falle der Versteigerung mit Zuschlag durch den Gerichtsvollzieher, §§ 817 I ZPO, § 156 BGB (die §§ 816 ff. ZPO finden entsprechende Anwendung, vgl. Thomas/Putzo-Putzo, § 844 Rn. 3; Schuschke/Walker-Schuschke, § 844 Rn. 4), wobei den Ort das Vollstreckungsgericht bestimmt, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 241; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 83.

Einer Abtretung in der Form des § 15 III GmbH bedarf es nicht mehr. Der freihändigen Verkauf erfolgt allerdings durch dingliche Abtretung in der Form des § 15 III GmbHG, an deren Stelle im Falle der Versteigerung der Zuschlag des Gerichtsvollziehers tritt. Der Form des § 15 III GmbHG bedarf es nur bei Veräußerung durch einen Gesellschafter, die bei der Versteigerung jedenfalls nicht gegeben ist, vgl. RG, Urteil vom 22.6.1940, RGZ 164, 162, 169 f.; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 51; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 143; Scholz-Winter, § 15 Rn. 184; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 83.

Vgl. zur Verwertung ausführlich Kranz, S. 59 ff.

⁸⁰⁵ Dafür Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 32; Zöller-Stöber, § 859 Rn. 13; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 439. Dagegen Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 239; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 61; Rowedder-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 138; Scholz-Winter, § 15 Rn. 187; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 79; differenzierend dagegen Raiser, Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 32: Es werden auch Gewinnansprüche erfasst, mit Ausnahme derjenigen, die bereits vor der Pfändung fällig geworden und sich somit bereits soweit verselbstständigt haben, dass sie der gesonderten Pfändung, auch durch andere Gläubiger, offen stehen.

⁸⁰⁶ Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 18; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 32; Zöller-Stöber, § 859 Rn. 13.

⁸⁰⁷ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 241; Heuer, ZIP 405, 406; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 62; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 35.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.2.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 176; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 82; für die generelle Möglichkeit der Überweisung zur Einziehung dagegen Kalbfleisch, S. 115 ff.; Raiser, Kapitalgesellschaften, § 30 Rn. 34.

⁸⁰⁸ Heuer, ZIP 1998, 405, 406.

⁸⁰⁹ LG Berlin, Beschluss vom 9.3.1987, GmbHR 1988, 70; Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 20; Stöber, Forderungspfändung Rn. 1624 i.V.m. 602; vgl. allgemein auch Brox/Walker Rn. 639.

⁸¹⁰ Stein/Jonas-Brehm, § 835 Rn. 1; Brox/Walker Rn. 633; MünchKommZPO-Smid, § 835 Rn. 3.

⁸¹¹ Stein/Jonas-Brehm, § 835 Rn. 14; Brox/Walker Rn. 639; MünchKommZPO-Smid, § 835 Rn. 12; Stöber, Forderungspfändung Rn. 589 ff.

Auflösung der Gesellschaft bzw. zum Ausscheiden des Gesellschafters und somit letztlich zur Umwandlung des Anteils in Geld im Wege der Liquidation führt,⁸¹² gilt etwas anderes. Darüber hinaus kommt die Überweisung zur Einziehung auch dann in Betracht, wenn die Veräußerung nach §§ 857 I, V, 844 ZPO ausscheidet, die GmbH also aufgelöst wird oder der Anteil einzuziehen ist.⁸¹³

Geht man folglich vom Normalfall der Verwertung nach §§ 857 V, 844 ZPO aus, so stellt sich das Problem, dass genau eine der Pfändung der KG-Beteiligung gegenteilige Entwicklung eintritt. Im Recht der Personenhandels-gesellschaften ist der Privatgläubiger grundsätzlich⁸¹⁴ gehalten, nach § 135 HGB die Kündigung der Gesellschaft unter Ausscheiden des Vollstreckungsschuldners zu betreiben und sich aus dem überwiesenen Auseinset-zungsguthaben des Gesellschafterschuldners zu befriedigen. Die Befriedigung im Wege der Anteilsveräußerung ist ihm dagegen verwehrt. Den verbleibenden Gesellschaftern wird dagegen kein weiterer Gesellschafter aufge-nötigt.⁸¹⁵ Der Gesetzgeber stuft demgegenüber im GmbH-Recht das Befriedigungsinteresse des Privatgläubigers als vorrangig gegenüber dem Interesse der Gesellschafter am Schutz vor Überfremdung ein. Es besteht die Ge-fahr, dass nicht nur, wie im Recht der Personengesellschaften, der Gesellschafterschuldner ausscheidet, sondern dass darüber hinaus eine Störung der Gesellschafteridentität dadurch eintritt, dass eine dritte, von den auf Wah-rung der Beteiligungsverhältnisse bedachten übrigen Gesellschaftern nicht gewollte Person Gesellschafter wird. Es kann der Privatgläubiger das Eindringen eines Dritten, nämlich des Käufers, gegen den Willen der übrigen GmbH-Gesellschafter bewirken. Er hat darüber hinaus sogar die Möglichkeit, selbst analog §§ 816 IV ZPO, 1239 I BGB die Nachfolge des Gesellschafterschuldners anzutreten, indem er den Anteil erstet.⁸¹⁶

b) Gesellschaftsvertragliche Gestaltung des GmbH-Vertrages

Für den Kautelarjuristen stellt sich die schwierige Frage, wie sich ein Auseinanderdriften der Gesellschafter- und Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften vertragsgestalterisch verhindern lässt.

Es kann weder die Kündigung seitens des Privatgläubigers in der KG nach §§ 161 II, 135 HGB aufgrund des zwingenden Charakters des § 135 HGB abbedungen werden,⁸¹⁷ noch besteht die Möglichkeit, die Pfändung des Anteils an der Komplementär-GmbH auszuschließen oder einzuschränken.⁸¹⁸ Insbesondere können weder der Pfändung noch der Verwertung⁸¹⁹ des Geschäftsanteils Abtretungsbeschränkungen nach § 15 V GmbHG entgegengehalten werden. § 15 V GmbHG sieht nur für den Fall der freiwilligen Veräußerung die Möglichkeit der Beschränkung vor. Die Einschränkung der Verfügungsbefugnis über § 15 V GmbHG stellt somit eine *lex specialis* zu § 137 BGB dar.⁸²⁰ Schon daraus erklärt sich die fehlende Anwendbarkeit auf die Zwangsvollstreckung im Wege der Pfändung, zumal dies zumindest eine wesentliche Erschwerung der Anteilsverwertung zu Lasten des Pfändungsgläubigers zur Folge hätte. Im Umkehrschluss daraus verbietet diese Bestimmung bei grundsätzlicher Veräußerlich- und Pfändbarkeit des Geschäftsanteils jede andere Erschwerung für Fälle, die über den Regelungsbe-reich des § 15 V GmbHG hinausgehen.⁸²¹ Dafür, dass dies auch für den vollständigen Ausschluss der Abtretbar-keit gilt, lässt sich insbesondere § 851 ZPO anführen, der über § 857 ZPO Anwendung findet, da der Anteil an der GmbH gerade keine Trennung von Leistungsgegenstand und Forderung kennt, wie dies § 851 II ZPO voraus-setzt. Dies hat zur Folge, dass das Gesamtrecht pfändbar sein muss und nicht nur diejenigen Ansprüche, die als selbständige Rechte ohne den Geschäftsanteil frei veräußerlich sind, der Pfändung unterworfen sind.⁸²²

⁸¹² Vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: IV.1.c)aa)(2), S. 53.

⁸¹³ Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 20 i.V.m. Fn. 111; Stöber, Forderungspfändung Rn. 1624.

⁸¹⁴ Vgl. zu den Ausnahmen, in denen auch hier eine Veräußerung in Betracht kommt, oben Fn. 797.

⁸¹⁵ Vgl. Heuer, ZIP 1998, 405 (zu § 131 Nr. 6 HGB a. F.).

⁸¹⁶ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 242; Heuer, ZIP 1998, 405, 406; Scholz-Winter, § 15 Rn. 184; vgl. zur entsprechenden Anwendung von §§ 816 ff. ZPO Thomas/Putzo-Putzo, § 844 Rn. 3; Schuschke/Walker-Schuschke, § 844 Rn. 4.

⁸¹⁷ Baumbach/Hopt, HGB, § 135 Rn. 12; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 25; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 23; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 135 Rn. 6.

⁸¹⁸ BGH, Urteil vom 7.4.1960, BGHZ 32, 151, 155; Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24 ff.; Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 22; Stein/Jonas-Brehm, § 859 Rn. 18; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 60; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 51; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 134; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 37; Stöber, Forderungspfändung Rn. 1612; Scholz-Winter, § 15 Rn. 179; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 88. A. A. zu Unrecht OLG Hamburg, Beschluss vom 7.7.1959, NJW 1960, 870, 871.

⁸¹⁹ Anders dagegen die h. M. im Falle der freihändigen Verwertung eines kaduzierten Geschäftsanteils Ehlke, DB 1995, 561, 565; Baum-bach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 23 Rn. 5; Hachenburg-Müller, § 23 Rn. 29; a. A. Scholz-Emmerich, § 23 Rn. 9. Der Unterschied zur Pfändung erklärt sich daraus, dass in diesem Fall bereits ein gerichtliches Verwertungsverfahren im Gang ist, während bei der Kaduzierung noch die Gesellschaft handelt, vgl. Ehlke, DB 1995, 561, 566.

⁸²⁰ BGH, Urteil vom 7.4.1960, BGHZ 32, 151, 155 f.; Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24 f.

⁸²¹ Vgl. schon in den Motiven: Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 65; BGH, Urteil vom 7.4.1960, BGHZ 32, 151, 155; Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24 ff.; vgl. auch schon RG, Urteil vom 8.12.1933, RGZ 142, 373, 375 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 241, 243 f.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 60; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 39; Scholz-Winter, § 15 Rn. 179; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 88. Weitergehend dagegen Ehlke, DB 1995, 561, 565 f., der aus der Vinkulierung des Geschäftsanteils folgert, dass der Pfändungsgläubiger bestimmten Verhaltenspflichten unterliegt, da er den Anteil nur im satzungsmäßigen Umfang ergreifen kann. Aus diesem Grund ist er, wenn ihm ein Gesellschafter vollständige Befriedigung anbietet, verpflichtet, das Verwertungsverfahren nicht mehr weiter zu führen. Er nimmt daher für den Vinkulierungsbegünstigten bis zum Zuschlag im Falle der Versteigerung eine jederzeitiges Ablöserecht anstelle des Gesellschafterschuldners an. Für eine Berücksichtigung von Vinkulierungsklauseln auch Fischer, GmbHR 1961, 21, 22 ff.

⁸²² BGH, Urteil vom 7.4.1960, BGHZ 32, 151, 155 f.; Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 25; Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 15 Rn. 41; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 243; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 60; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 51; Herbert Roth, ZGR 2000, 187, 213; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 141; Scholz-Winter, § 15 Rn. 179 m.w.N.; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 88.

Es besteht aber kein genereller Vorrang der Interessen des Privatgläubigers gegenüber den Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter an einem Schutz vor Überfremdung entgegen. Ein solches Überwiegen ist insbesondere nicht aus der Unbeachtlichkeit von Abtretungsbeschränkungen im Rahmen der Pfändung zu folgern. Aus den Bestimmungen der §§ 857 I, 851 ZPO kann nicht generell ein Ausschluss sämtlicher Regelungen, die für den Fall der Zwangsvollstreckung im Interesse von Gesellschaft und Gesellschaftern vereinbart werden, hergeleitet werden.⁸²³

Es muss somit eine Möglichkeit gefunden werden, auf andere Weise eine Abstimmung der Verträge zu erreichen, die u. a. auch in der Komplementär-GmbH eine der Situation der KG entsprechende Lösung ermöglicht.⁸²⁴ Im Vordergrund steht zunächst eine Anpassung des GmbH-Vertrages an die Rechtslage in der KG dahingehend, dass der Gesellschafterschuldner ausscheidet und sein Anteil den übrigen Gesellschaftern entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis zukommt, also eine der Anwachsung entsprechende Rechtslage eintritt.⁸²⁵ Die im Recht der Personengesellschaften nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 1 BGB eintretende Anwachsung⁸²⁶ entspricht jedenfalls grundsätzlich der gewünschten Rechtslage, da ein Eindringen Dritter gegen den Willen der Gesellschafter verhindert werden kann. Zudem muss allerdings auch berücksichtigt werden, dass die verbleibenden Gesellschafter im Hinblick auf ihre gleichzeitige Eigenschaft als Kommanditisten unter Umständen die, mit der Stärkung der eigenen Rechte infolge der Anwachsung notwendig verbundene Erhöhung ihrer Pflichten, insbesondere bezüglich der Haftung,⁸²⁷ abwehren wollen. Sie haben zwar ein Interesse an der Abwehr ungewollter Dritter. Dies schließt aber gerade nicht aus, dass sie eine Verteilung der Pflichten auf eine geringere Zahl von Gesellschafter durch die Aufnahme eines gewünschten Dritten, der die Position des scheidenden Gesellschafters einnimmt, verhindern wollen. Dafür kann auch ein Investitionsbedarf der Gesellschaft sprechen. Auch diese Aspekte müssen daher in die Überlegungen einfließen.⁸²⁸

aa) Vorkaufsrecht

Zu denken ist an die Einräumung eines Vorkaufsrechts zugunsten der Gesellschaft, einzelner bzw. aller Gesellschafter oder eines von der Gesellschaft bezeichneten Dritten.⁸²⁹ Grundüberlegung und Anlass für diesen Lösungsvorschlag ist die Rechtsfolge, die sich normalerweise bei Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten ergibt. Dieser tritt in die Rechtsposition des Erwerbers ein, der aus der Zwangsvollstreckung hervorgeht, § 464 II BGB. Gerade bei einer Berechtigung der Gesellschafter wäre eine Harmonisierung mit der Rechtslage in der KG möglich. Dennoch scheitert diese Lösung an der Bestimmung des § 471 BGB, da der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt.⁸³⁰ Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist allerdings dann möglich, wenn der Pfandgläubiger zustimmt.⁸³¹

bb) Anlehnung an die ausländische Gesetzgebung

Teilweise wurde versucht, die durch § 471 BGB verhinderte Vereinbarung eines Vorkaufsrechts durch ergänzende Lösungen zu kompensieren. So wollte man insbesondere im Hinblick auf passendere Regelungen in ausländischen Gesetzen⁸³² versuchen, durch eine Vorrechtsstellung der Gesellschaft deren Interessen bei der Verwertung Rechnung zu tragen. Zum einen sollte bei der Pfändung von nach § 15 V GmbHG vinkulierten Gesellschaftsanteilen die Gesellschaft das Recht haben, bereits vor der Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung, dem Vollstreckungsgericht einen Käufer zu benennen. Die Ermächtigung hierzu beruhe nach dieser Auffassung dann zwar nicht auf Gesetz, wie nach dem einschlägigen ausländischen Recht, aber auf einer gerichtlichen An-

⁸²³ BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24 f.; Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 244; Scholz-*Winter*, § 15 Rn. 179, der aus der Differenzierung in §§ 857 III, IV ZPO sowie vor allem aus dem früher für Personengesellschaften geltendem § 141 HGB a. F. ein allgemeines Zurückstehen der Gesellschaftsinteressen für wertungsmäßig unvertretbar hält; Hachenburg-*Zutt*, Anh. § 15 Rn. 88. A. A. dagegen RG, Urteil vom 8.12.1933, RGZ 142, 373, 376; *Wolany*, Rechte und Pflichten, S. 144.

⁸²⁴ Für den KG-Vertrag ist insoweit keine Gestaltung erforderlich. Früher wurde häufig eine Klausel vorgesehen, die ein Ausscheiden des Gesellschafters bereits für den Fall der Pfändung vorsah. Es sollte auf diese Weise eine Kündigung des Gläubigers mit nach altem Recht verbundener Auflösung der Gesellschaft (131 Nr. 6 HGB a. F.) verhindert und eine Fortsetzung der Gesellschaft erreicht werden, vgl. OLG München, Urteil vom 16.1.1998, GmbHR 1999, 81; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 79. Nachdem aber nach der neuen Rechtslage auch im Falle der Kündigung die Gesellschaft nach §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 4 HGB nicht aufgelöst wird, sondern nur der Vollstreckungsschuldner ausscheidet, besteht insoweit kein Regelungsbedarf mehr, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 79 sowie bereits oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79**.

⁸²⁵ Eine Anwachsung wie im Recht der Personengesellschaften ist im Recht der Kapitalgesellschaften ausgeschlossen, was auf die unterschiedliche Gesellschaftsstruktur zurückzuführen ist *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a); vgl. ausführlich oben **513**.

⁸²⁶ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79**.

⁸²⁷ Vgl. aber § 171 HGB.

⁸²⁸ Vgl. zum gewünschten Eintritt eines bisher unbeteiligten Dritten bzgl. der Gestaltung des GmbH & Co. KG-Vertrages vor allem unten **2. Kapitel: V.1.c), S. 145**.

⁸²⁹ Auch hierfür kann ein Interesse der verbleibenden Gesellschafter bestehen, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b), S. 82**. Siehe zur entsprechend erforderlichen Anpassung des GmbH & Co. KG-Vertrages unten **2. Kapitel: V.1.c), S. 145**.

⁸³⁰ Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 245 (zu § 512 BGB a. F.); *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 51; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/*Bergmann*, § 15 Rn. 141; Scholz-*Winter*, § 15 Rn. 180 (zu § 512 BGB a. F.); *Souffleros*, Ausschließung, S. 288 (zu § 512 BGB a. F.); Hachenburg-*Zutt*, Anh. § 15 Rn. 89 (zu § 512 BGB a. F.).

⁸³¹ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/*Bergmann*, § 15 Rn. 141.

⁸³² Vgl. § 76 IV österreichisches GmbHG, Art. 794 I Nr. 3 SchweizOR, Art. 2480 III Codice Civile Italiano.

ordnung des Vollstreckungsgerichts⁸³³ nach §§ 857 I, V, 844 ZPO. Der Ersteher habe den vom Gericht festgesetzten Schätzwert innerhalb einer bestimmten Frist zu begleichen. Dann sei ihm der Anteil zu übertragen.⁸³⁴ Teils wird auch entsprechend dem italienischen Recht⁸³⁵ ein späterer Zeitpunkt für ein Eingreifen des Gerichts gewählt und eine Anordnung für zulässig gehalten, nach der bei der Versteigerung des Anteils der Zuschlag zwar erteilt wird, jedoch unwirksam wird, wenn die Gesellschaft binnen einer festzulegenden Frist einen Übernehmer stellt, der den gleichen Preis zu zahlen bereit ist.⁸³⁶

Es kann jedoch weder der einen, noch der anderen Alternative beigespflichtet werden. Zwar wäre auch auf diese Art und Weise bei entsprechender Ausübung der Befugnis durch die Gesellschaft eine Harmonisierung mit dem KG-Recht möglich. Die Vorschläge sind allerdings trotz der als „glücklichen Lösung“⁸³⁷ gelobten Rechtslage in den entsprechenden ausländischen Gesetzen, gesellschaftsrechtlich nach dem einschlägigen deutschen Recht nicht haltbar. Eine entsprechende Regelung ist vor allem schon deshalb nicht zu empfehlen, weil die gewünschte Rechtslage von einer gerichtlichen Anordnung abhängig ist. Auf diese besteht allerdings kein Rechtsanspruch, sie steht vielmehr im Ermessen des Vollstreckungsgerichts, so dass schon Erwägungen der Rechtssicherheit entgegenstehen. Zudem wird auf diese Weise eine Art dingliches Vorkaufsrecht geschaffen, das dem Gesellschaftsanteil anhaftet. Dies ist allerdings als Umgehung des § 471 BGB zu werten und daher als von §§ 857 V, 844 ZPO nicht mehr gedeckt einzuordnen.⁸³⁸

cc) Befriedigungsrecht der Gesellschaft nach § 267 BGB

Diskutiert wird auch, der Gesellschaft, den Gesellschaftern gemeinsam oder jedem einzelnen Gesellschafter das Recht einzuräumen, die Zwangsversteigerung durch Befriedigung des Pfandgläubigers abzuwenden, § 267 I BGB. Dem steht zwar grundsätzlich entgegen, dass dies nicht möglich ist, wenn der Schuldner widerspricht, § 267 II BGB. Doch kann auf diese Befugnis schon in der Satzung durch eine entsprechende Klausel verzichtet werden. Jedenfalls bleibt ein eingelegter Widerspruch aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht unbeachtlich.⁸³⁹

Diese Lösung ist allerdings unpraktikabel. Da der Gesellschaft bzw. generell dem Zahlenden nicht zuzumuten ist, Schulden des Schuldnergesellschafters zu tragen, bzw. die Gefahr besteht, dass sich solche Fälle wiederholen, wird eine weitere Regelung erforderlich. Es muss vorgesehen werden, dass der Gesellschaftersschuldner den Anteil auf den Zahlenden überträgt,⁸⁴⁰ bzw. vor allem, um eine Harmonisierung zur Situation in der KG zu erreichen, für diesen Fall die Möglichkeit der Zwangsamortisation im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, § 34 II GmbHG.⁸⁴¹

Zum anderen ist diese Lösung auch aus wirtschaftlichen Gründen abzulehnen, da es in der Regel die Gesellschaft sein wird, die die Ablösung betreibt. Eine Befriedigung durch die Gesellschaft darf nicht dazu führen, dass unzulässigerweise Eigenkapital ausgezahlt wird und somit gegen § 30 GmbHG verstoßen wird. Zudem setzt sich die Gesellschaft durch eine Zahlung der Gefahr einer finanziellen Notlage aus, was wohl nur dann tragbar ist, wenn die Schuld im Verhältnis zum Wert des Anteils nicht zu hoch ist.⁸⁴² Gegen diese Lösung spricht somit vor allem der Grundsatz der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals⁸⁴³ zur Vermeidung einer Gläubigergefährdung.

⁸³³ Die funktionelle Zuständigkeit liegt beim Rechtspfleger nach § 20 Nr. 17 RPfG.

⁸³⁴ *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 439 f., vgl. auch *Fischer*, GmbHR 1961, 21, 25, der allerdings allein ein entsprechendes Angebot der Gesellschaft zur Abwendung der Zwangsversteigerung genügen lässt. Die Festsetzung des Werts der Beteiligung ist erforderlich, weil es dem Vollstreckungsgläubiger nicht zuzumuten ist, bei Meinungsverschiedenheiten einen besonderen Prozess gegen die Gesellschaft zu führen. Eine Beschränkung auf vinkulierte Geschäftsanteile ist erforderlich, weil der Gläubiger um sein Verwertungsrecht gebracht wird. Frei übertragbare Anteile können nicht nachträglich in diesem Sinne belastet werden, weil der Gläubiger eventuell um eine für ihn besonders günstige Veräußerungsart gebracht wird, *Fischer*, GmbHR 1961, 21, 24; *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 440.

⁸³⁵ Vgl. Art. 2480 III ital. cod. civ.

⁸³⁶ *Wolany*, Rechte und Pflichten, S. 141.

⁸³⁷ Vgl. *Soufferos*, Ausschließung, S. 288.

⁸³⁸ *Soufferos*, Ausschließung, S. 289; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 180; *Winter*, GmbHR 1967, 201, 205. Zudem besteht das Problem, dass dann, wenn die Gesellschaft keinen adäquaten Abnehmer findet, nur ein Erwerb durch die GmbH selbst in Betracht kommt, dem die Regelung des § 33 GmbHG Schranken setzt. Zudem droht eine Gefährdung der Liquidität der Gesellschaft wegen der Aufbringung des unter Umständen beträchtlichen Schätz- oder Versteigerungspreises, der auch über dem Verkehrswert liegen kann, vgl. *Soufferos*, Ausschließung, S. 289; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 180.

⁸³⁹ *Gottschling*, GmbHR 1953, 20, 21; *Hueck*, DB 1957, 37, 38; *Schuler*, NJW 1961, 2281; vgl. auch *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 60; auch *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 440. In diesem Zusammenhang zu nennen ist auch *Ehlike*, DB 1995, 561, 566 (vgl. bereits oben Fn. 821), der der Vinkulierung von Gesellschaftsanteilen nach § 15 V GmbHG eine weitergehende Bedeutung in dem Sinne beimisst, dass sie zwar der Entstehung des Pfändungspfandrechts nicht entgegensteht, sie aber dennoch eine vorkaufsrechtsartige Vorkaufsstellung der vinkulierungsbegünstigten Gesellschafter gegenüber Fremderwerbern begründet, im Wege einer – bis zum Zuschlag – jederzeitigen Ablöseberechtigung anstelle des eigentlichen Schuldners zugunsten des Vinkulierungsbegünstigten, die den Pfändungsgläubiger zur Einstellung der Verwertung zwingt, vgl. schon oben 821.

⁸⁴⁰ *Gottschling*, GmbHR 1953, 20, 21. Vgl. zur Abtretung unten 2. Kapitel: V.1.b)dd), S. 85.

⁸⁴¹ *Hueck*, DB 1957, 37, 38; *Schuler*, NJW 1961, 2281, 2282. Vgl. zur Einziehung unten 2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90.

⁸⁴² *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 60; *Soufferos*, Ausschließung, S. 289; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 180.

⁸⁴³ Vgl. zu diesem Grundsatz *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Einl. Rn. 20.

dd) Abtretungsverpflichtung

Es stellt sich die Frage, ob die soeben angesprochene Abtretungsverpflichtung eine Lösung der Problematik sein könnte. Zu denken ist an eine satzungsmäßige Regelung, nach der sich der Gesellschafterschuldner für den Fall der Pfändung zur Abtretung des Anteils an der GmbH an die Gesellschaft, die übrigen Gesellschafter, an einen (eventuell erst noch zu bestimmenden) Gesellschafter oder Dritten⁸⁴⁴ verpflichtet. Eine solche Bestimmung wird überwiegend für zulässig gehalten.⁸⁴⁵ Es müssen allerdings im Hinblick auf die Gestaltung der Vertragsklausel dieselben Voraussetzungen wie im Falle der zwangsweisen Einziehung eingehalten werden auf Grund der für den Gesellschafter vergleichbaren Eingriffssituation.⁸⁴⁶ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Geschäftsanteile nach der hier vertretenen Auffassung vinkuliert sind nach § 15 V GmbHG, die Abtretung somit grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf. Es muss daher für diesen Fall eine Ausnahme festgelegt werden, da eine Abtretung hier gerade dem Interesse der Gesellschafter entspricht.⁸⁴⁷ Dennoch ist die Zulässigkeit einer Abtretungsverpflichtung im Einzelnen problematisch und umstritten, insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit der aus der Klausel verpflichtete Gesellschafterschuldner seiner Verpflichtung im Hinblick auf die Pfändung rechtswirksam nachkommen kann.

(1) Übertragung auf die übrigen Gesellschafter

Weil es auch hier wieder darum geht, die Rechtslage in der GmbH an die der KG anzugleichen, kommt vor allem eine Abtretung an die verbleibenden Gesellschafter in Betracht. Die Klausel muss so ausgestaltet sein, dass eine der Anwachsung in der KG⁸⁴⁸ entsprechende Lösung möglich ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der gepfändete Geschäftsanteil auf die verbleibenden Gesellschafter entsprechend dem Verhältnis ihrer Kapitalanteile übertragen wird,⁸⁴⁹ was die Teilung des Geschäftsanteils voraussetzt, § 17 GmbHG.⁸⁵⁰ Im Gegensatz zum Aktienrecht – § 8 V AktG – ist die Teilbarkeit von GmbH-Anteilen zulässig, jedoch grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 17 GmbHG, also nur bei der Veräußerung und Vererbung von Geschäftsanteilen. Die erschwerten Anforderungen dieser Norm sollen den Handel und Verkehr mit Geschäftsanteilen eindämmen und die Zahl der Gesellschafter regulieren.⁸⁵¹

Wenn § 17 GmbHG von „Veräußerung“ spricht, so ist dies auf die dingliche Abtretung des Geschäftsanteils und die Auseinandersetzung von Gesamthands- und Bruchteilsgemeinschaften bezogen, nicht auf das zugrunde liegende Kausalgeschäft.⁸⁵² Grundsätzlich ist für die Teilung des Geschäftsanteils die „Genehmigung“ der Gesellschaft erforderlich, § 17 I GmbHG. Diese kann entgegen dem Wortlaut vor oder nach Abschluss des Veräußerungsvertrags erteilt werden, ist somit im Sinne der Zustimmung nach § 182 BGB zu verstehen.⁸⁵³ Es besteht jedoch für Fälle der Übertragung auf Mitgesellschafter nach § 17 III GmbHG ausdrücklich die Möglichkeit, von der

⁸⁴⁴ Auch hierfür kann ein Interesse der verbleibenden Gesellschafter bestehen, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b), S. 82**. Siehe zur entsprechend erforderlichen Anpassung des GmbH & Co. KG-Vertrages unten **2. Kapitel: V.1.c), S. 145**.

⁸⁴⁵ Vgl. Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 71; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 245; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 38; Scholz-Winter, § 15 Rn. 181; entgegen Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 245, Fn. 803, sind auch Reichert, Zustimmungserfordernis, S. 85 sowie Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 439 nicht gegenteiliger Auffassung, sondern stellen nur die Nachteile dar. Vgl. auch betreffend der Einräumung statutarischer Erwerbsrechte [vgl. hierzu ausführlich unten **2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125**] Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 53; Michalski, ZIP 1991, 147, 148; Souffleros, Ausschließung, S. 285 ff.; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 33 ff.; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 89.

⁸⁴⁶ Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 33; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 118. Auf Grund des sachlichen Zusammenhangs wird dies erst im Rahmen der Einziehung behandelt, vgl. hierzu insbesondere unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1), S. 91** sowie **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3), S. 108**.

⁸⁴⁷ Vgl. oben **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)ff), S. 67**.

⁸⁴⁸ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79**.

⁸⁴⁹ Es ist zwar auch eine Abtretung an die GmbH selbst denkbar mit anschließender Übertragung auf die verbleibenden Gesellschafter. Doch ist dies umständlich und zudem im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsbestimmungen der §§ 30 und 33 GmbHG nicht zu empfehlen. Vgl. zum Sonderfall der bloßen Übertragung auf die GmbH mit Folge der faktischen Anwachsung unten Fn. **1425**.

⁸⁵⁰ Diese Problematik stellt sich nicht, wenn der Geschäftsanteil des scheidenden Gesellschafters auf einen bisher unbeteiligten Dritten übertragen wird, der dessen Funktion in der Gesellschaft übernehmen soll, womit eine Änderung der Haftungsverhältnisse zu Lasten der übrigen Gesellschafter vermieden wird, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b), S. 82**.

Ein Geschäftsanteil wird geteilt, indem er real in mehrere Stücke zerlegt wird und dabei der Nennbetrag des ungeteilten Anteils durch die identische Summe der Nennbeträge der Teilanteile ersetzt wird, Michalski-Ebbing, § 17 Rn. 4; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 17 Rn. 3; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, § 17 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 17 Rn. 2; Scholz-Winter, § 17 Rn. 2; Hachenburg-Zutt, § 17 Rn. 3. Eine andere Art der Teilung als nach dem Kriterium „Nennbetrag“ ist ausgeschlossen, insbesondere die Aufspaltung nach Sach- und Bareinlagen oder nach eingezahltem und nicht eingezahltem Teil der Einlage, MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 8; Scholz-Winter, § 17 Rn. 2; Scholz-Winter, § 17 Rn. 3; Hachenburg-Zutt, § 17 Rn. 4.

⁸⁵¹ § 17 GmbHG geht daher vom Prinzip der Unteilbarkeit von Geschäftsanteilen aus, BGH, Urteil vom 9.6.1954, BGHZ 14, 25, 34; Michalski-Ebbing, § 17 Rn. 1; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 17 Rn. 1; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 5 f.; Lutter/Hommelhoff, § 17 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 17 Rn. 1; Scholz-Winter, § 17 Rn. 1; Hachenburg-Zutt, § 17 Rn. 1.

⁸⁵² Michalski-Ebbing, § 17 Rn. 7; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff, § 17 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 17 Rn. 13; Scholz-Winter, § 17 Rn. 17; Hachenburg-Zutt, § 17 Rn. 6. Der Zweck der Veräußerung ist für die Teilung unerheblich, da es nur darauf ankommt, dass der Geschäftsanteil nicht im Ganzen, sondern nur in Teilen abgetreten werden soll und deshalb die Teilung erforderlich wird, Michalski-Ebbing, § 17 Rn. 4; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 10; Scholz-Winter, § 17 Rn. 3. Erfasst werden daher auch Fälle der Verwertung des Geschäftsanteils bei Ausschluss eines Gesellschafters, vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 126.

⁸⁵³ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 17 Rn. 20; Scholz-Winter, § 17 Rn. 18 i.V.m. § 15 Rn. 95; Hachenburg-Zutt, § 17 Rn. 14, 27. Sie entspricht somit im Wesentlichen der Genehmigung nach § 15 V GmbHG, Michalski-Ebbing, § 17 Rn. 11, vgl. schon oben **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b), S. 61**.

Zustimmung in der Satzung durch eine entsprechende Klausel abzusehen.⁸⁵⁴ Diese Ausnahme wird dann zusätzlich zu derjenigen erforderlich, die bereits für die Abtretung in die Klausel aufzunehmen ist. Zu beachten ist noch die Bestimmung des § 17 IV GmbHG, der auf die Mindestnennbeträge und die Teilbarkeit durch 50 nach §§ 5 I, III GmbHG verweist.

Es ergibt sich in diesem Zusammenhang noch ein weiteres Problem. Auch bei Übertragung des Geschäftsanteils auf die übrigen Gesellschafter pro rata ist grundsätzlich noch keine der Anwachsung im Recht der Personengesellschaften vollumfänglich entsprechende Rechtslage gegeben. Es findet nämlich bei den Mitgesellschaftern keine automatische Vereinigung von bisherigem und neuem Geschäftsanteil zu einem Anteil statt, sondern die Geschäftsanteile bestehen aufgrund des Prinzips der Selbständigkeit der Geschäftsanteile nebeneinander, § 15 II GmbHG.⁸⁵⁵ Trotz dieser Selbständigkeit kommt es allerdings zu einer Angleichung an die Rechtslage in der KG, da sich die Rechte und Pflichten aus den beiden Geschäftsanteilen faktisch addieren.⁸⁵⁶

Es besteht jedoch auch die Möglichkeit der Vereinigung der Anteile in der Hand des jeweiligen Gesellschafters, da die Bestimmung des § 15 II GmbHG unstreitig nicht zwingenden Charakter hat.⁸⁵⁷ Die Voraussetzungen hierfür sind allerdings nach wie vor umstritten. Einigkeit besteht dahingehend, dass eine Zusammenlegung nur dann möglich ist, wenn jedenfalls die Bestimmungen zur Erhaltung des Stammkapitals (§§ 21 ff.), deren Sicherung § 15 II GmbHG dient,⁸⁵⁸ nicht tangiert werden, unstreitig also, wenn die Geschäftsanteile voll einbezahlt sind und keine Nachschusspflicht besteht.⁸⁵⁹ Eine Anteilsvereinigung scheidet dann aus, wenn die Anteile mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten verknüpft sind oder unterschiedlich mit Rechten Dritter belastet sind.⁸⁶⁰

Uneinigkeit besteht vor allem im Hinblick auf die Frage, welche rechtsgestaltenden Maßnahmen erforderlich sind, um die Zusammenfassung der Anteile zu vollziehen. Überwiegend wird vertreten, dass jedenfalls ein Gesellschafterbeschluss und die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters notwendig sind, wenn die Satzung nichts Abweichendes bestimmt.⁸⁶¹ Streitig ist allerdings, ob die Vereinigung von Anteilen bereits in der Satzung zugelassen

⁸⁵⁴ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, § 11 (für den Fall der Vererbung). Vgl. auch BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059.

⁸⁵⁵ Diese Regelung ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung, auf den das Gesetz in den §§ 5 II, 17 VI und 55 IV GmbHG abstellt, vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1964, BGHZ 42, 89, 92; Beschluss vom 24.10.1974, BGHZ 63, 116, 117. Sie dient der Durchsetzung der Aufbringung des Stammkapitals, insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung des § 22 IV GmbHG. Maßgebend ist der Gedanke, dass im Falle der Kaduzierung eines Geschäftsanteils nach § 21 GmbHG der Rechtsvorgänger des mit der Einzahlung der Stammeinlage rückständigen Gesellschafters dessen Geschäftsanteil erwirbt, wenn er den rückständigen Betrag bezahlt, § 22 IV GmbHG. Dies setzt den Fortbestand des Geschäftsanteils voraus, BGH, Urteil vom 13.7.1964, BGHZ 42, 89, 91 f.; Beschluss vom 24.10.1974, BGHZ 63, 116, 117; Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 174; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 18; *Jasper/Rust*, DB 2000, 1549; MünchHandbuchGmbH-*Jasper*, § 24 Rn. 218; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 7; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 103; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140. Dies gilt auch dann, wenn im Falle einer statutarischen Nachschusspflicht ein gleicher Rückgriff nach § 28 GmbHG möglich ist, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 28; *Jasper/Rust*, DB 2000, 1549; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 103.

⁸⁵⁶ Ein Unterschied besteht allerdings insoweit, als etwa eine unterschiedliche Stimmrechtsausübung aus den verschiedenen unterschiedlichen Anteilen in Betracht kommt, vgl. hierzu Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 40 *Scholz-Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 72, vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: 1.3.c)aa)(2), S. 23.

⁸⁵⁷ RG, Urteil vom 17.10.1933, RGZ 142, 36, 38 ff.; BGH, Urteil vom 13.7.1964, BGHZ 42, 89, 92; Beschluss vom 24.10.1974, BGHZ 63, 116, 118; Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 174; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 18; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 190; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 104; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140. Der Gesellschafter kann daran zum einen deshalb ein Interesse haben, weil eine Kollision mit dem Mindestbetrag des § 5 I GmbHG bei Kapitalherabsetzungen häufig nur durch eine Zusammenlegung mehrerer kleiner Anteile möglich ist. Wichtiger noch ist jedoch die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen zum Zwecke der erneuten Aufspaltung in mehrere Geschäftsanteile bei Veräußerung, vgl. *Jasper/Rust*, DB 2000, 1549, 1550; *Priester*, GmbHR 1976, 130, 130 f.

⁸⁵⁸ Vgl. oben Fn. 855.

⁸⁵⁹ Grundlegend RG, Urteil vom 17.10.1933, RGZ 140, 36, 40 ff.; KG, Urteil vom 10.3.2000, NZG 2000, 787; Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 174; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 104; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140. Es sind jedoch auch andere Fälle anerkannt, wenn etwa ein voll eingezahlter Anteil mit einem nicht voll eingezahlten vereinigt werden soll für den ein Rückgriff wegen § 22 III GmbHG ausscheidet. Gleiches gilt für einen kaduzierten Geschäftsanteil, für den ein Rückgriff nach § 22 GmbHG daran scheitert, dass bereits eine Verwertung nach § 23 GmbHG stattgefunden hat durch Übertragung auf einen Dritten, so dass eine Übertragung nach § 22 IV GmbHG ausscheidet, BGH, Urteil vom 13.7.1964, BGHZ 42, 89, 92; Beschluss vom 24.10.1974, BGHZ 63, 116, 118; Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 174; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 18; MünchHandbuchGmbH-*Jasper*, § 24 Rn. 219; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 190; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 104; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140. Strittig ist allerdings der Fall, dass alle Anteile noch nicht vollständig eingezahlt sind: insoweit einschränkend Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140, der nur eine Vereinigung eines nicht voll eingezahlten mit einem voll eingezahlten zulassen will und wenn zusätzlich eine Kollision mit den §§ 21 ff. GmbHG ausscheidet; einschränkend auch *Jasper/Rust*, DB 2000, 1549, 1550, die auf voll eingezahlte Stammeinlagen und fehlende Nachschusspflicht abstellen; dagegen spricht MünchHandbuchGmbH-*Jasper*, § 24 Rn. 219 diesen Fall „insbesondere“ an, ohne die andere Variante explizit abzulehnen. Dagegen sind Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 192 anderer Auffassung für den Fall, dass sämtliche Anteile ganz einheitlich etwa nur zu 50 % oder 75 % eingezahlt sind.

⁸⁶⁰ Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 174; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 18; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 7; MünchHandbuchGmbH-*Jasper*, § 24 Rn. 219; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 104; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 141; differenzierend dagegen *Jasper/Rust*, DB 2000, 1549, 1550: sie lehnen die Möglichkeit der Vereinigung nur bei Pfandrecht und Nießbrauch ab, während sie sie für Treuhand und Unterbeteiligung bejahen.

⁸⁶¹ RG, Urteil vom 17.10.1933, RGZ 142, 36, 39; KG, Urteil vom 22.11.1996, GmbHR 1997, 603, 605; Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 175; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 18; MünchHandbuchGmbH-*Jasper*, § 24 Rn. 220; *Jasper/Rust*, DB 2000, 1549, 1551; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 7; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 105; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140, 142; weitergehend Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 193, der dafür plädiert, dem Gesellschafter die Dispositionsfreiheit zu belassen, so dass die Gesellschafterversammlung die Vereinigung zulassen muss, wenn dies von dem betreffenden Gesellschafter verlangt wird und bei Verweigerung des Gesellschafters die Zusammenlegung gehindert sieht; dagegen soll nach anderer Auffassung die bloße Erklärung durch den betreffenden Gesellschafter ausreichend sein für den Fall voll eingezahlter und nicht mit einer Nachschusspflicht belasteter Geschäftsanteile, sofern dadurch Rechte Dritter nicht tangiert werden, Hachenburg-*Ulmer*, § 53 Rn. 106 im Anschluss an *Priester*, GmbHR 1976, 130, 132 f.; in diesem Sinne auch *Loritz*, in FS Schippel, S. 437, 445 f. Abweichend hiervon Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 15 Rn. 24, der eine Zustimmung des Gesellschafters nicht für erforderlich hält, wenn eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Einzelfall nicht vorliegt. Der Gesellschafterbeschluss hat keinen satzungsändernden Charakter, vgl. BGH, Urteil vom 6.6.1988, GmbHR 1988, 337, 338;

sein muss.⁸⁶² Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher unbedingt eine entsprechende Bestimmung in die Satzung aufgenommen werden.

(2) Unbeachtlichkeit wegen vorrangigem Gläubigerinteresse

Da der Pfändung Vinkulierungsklauseln nach § 15 V GmbHG nicht entgegengehalten werden können,⁸⁶³ liegt auf den ersten Blick auch eine Unbeachtlichkeit einer ihr nahe stehenden Abtretungsverpflichtung für den Fall der Pfändung nahe. Entscheidend ist, ob das Pfändungspfandrecht trotz Erfüllung der Abtretungsverpflichtung bestehen bleibt. Nur wenn man dies verneint, stellt sich überhaupt erst die Problematik einer eventuellen Gläubigerbenachteiligung und daraus folgend einer eventuellen Unbeachtlichkeit der Abtretungsverpflichtung. Diese Frage kann jedoch hier offen bleiben⁸⁶⁴, da auch nach der Auffassung, die ein Erlöschen des Pfandrechts annimmt, der Gläubiger nicht derart schutzwürdig ist. Einem berücksichtigungswürdigen Gläubigerinteresse steht nach dieser Auffassung eine unterschiedliche Interessenlage im Vergleich zur Anteilsvinkulierung nach § 15 V GmbHG entgegen. Während die Vinkulierung dazu führt, dass der Geschäftsanteil ohne Erfüllung der in der Vinkulierungsklausel genannten Voraussetzungen nicht übertragen werden kann, sondern vielmehr in der Hand des übertragungswilligen Gesellschafters verbleibt, schränkt die Abtretungsverpflichtung nicht die Übertragbarkeit und somit die Verwertbarkeit des Geschäftsanteils durch den Pfändungsgläubiger ein. Es ist im hier relevanten Zusammenhang das Verwertungsinteresse nur wirtschaftlich und nicht rechtlich tangiert, weil anstelle etwa der Veräußerung am freien Markt⁸⁶⁵ ein geringerer Abfindungserlös treten kann, was der Gläubiger nach dieser Auffassung jedoch hinzunehmen hat.⁸⁶⁶

(3) Verstoß gegen § 471 BGB

Es stellt sich aber die Frage, ob eine entsprechende Regelung zu einer unzulässigen Umgehung des § 471 BGB führt. Dagegen spricht bereits, dass die Abtretungsverpflichtung nicht erst durch den Verkauf des Geschäftsanteils ausgelöst wird, wie dies im Falle eines Vorkaufsrechts gilt, sondern bereits anlässlich der Anteilspfändung eingreift.⁸⁶⁷ Die Bestimmung des § 471 BGB kann einer Abtretungspflicht vor allem aber schon deshalb nicht entgegengehalten werden, weil die Abtretungspflicht im Sinne einer dinglichen Belastung der GmbH-Beteiligung zu verstehen ist. Der Gläubiger hat den Geschäftsanteil so hinzunehmen, wie er nach der Satzung ausgestaltet ist.⁸⁶⁸ Es besteht somit gerade keine Umgehung von § 471 BGB.⁸⁶⁹ In punkto Zulässigkeit kann somit einer Abtretungsverpflichtung nichts entgegengehalten werden.

(4) Verstoß gegen §§ 135, 136 BGB

Es stellt sich allerdings die weitere Frage, inwieweit bei der Erfüllung der Abtretungspflicht Probleme entstehen. Ihr könnten schon allgemeine Grundsätze der Zwangsvollstreckung entgegenstehen. Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die GmbH als Drittschuldner⁸⁷⁰ nach § 829 III ZPO wird die Pfändung wirksam. Mit der

Scholz-Winter, § 15 Rn. 105; dies folgt schon daraus, dass Angaben in der Satzung über die Stückelung der Geschäftsanteile nicht zum Satzungsinhalt zählen, Hachenburg-Ulmer, § 53 Rn. 106.

⁸⁶² Für das Erfordernis einer satzungsrechtlichen Ermächtigung: RG, Urteil vom 17.10.1933, RGZ 142, 36, 42 (Rechtsfolge ist dann nicht unheilbare Nichtigkeit, sondern bloße Anfechtbarkeit des Beschlusses; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 175; Scholz-Winter, § 15 Rn. 105; Hachenburg-Ulmer, § 53 Rn. 106; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140); Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 31; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 24 Rn. 220; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 193; Hachenburg-Ulmer, § 53 Rn. 106; Scholz-Winter, § 15 Rn. 105; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 140; a. A. KG, Urteil vom 10.3.2000, NZG 2000, 787 f.; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 175; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 18; Jasper/Rust, DB 2000, 1549, 1551 f.; Loritz, in FS Schippel, S. 437, 445 f.; Lutter/Hommelhoff, § 18 Rn. 7; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 15 Rn. 24; Priester, GmbHR 1976, 130, 132; Hachenburg-Ulmer, § 53 Rn. 106.

⁸⁶³ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

⁸⁶⁴ Vgl. hierzu unten 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87.

⁸⁶⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81.

⁸⁶⁶ Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 39; siehe zur Abfindung unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3), S. 108 sowie zu den möglichen Beschränkungen unten Fn. 1076.

⁸⁶⁷ Insoweit zutreffend Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 39; man spricht von einem sonstigen Erwerbsrecht, vgl. hierzu genauer unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2), S. 126.

⁸⁶⁸ BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24 f.; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 71 i.V.m. 22; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 245; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 53; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 439; Scholz-Winter, § 15 Rn. 181; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 89; weitergehend Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 40: Er lehnt – jedenfalls im Falle der Insolvenz – § 512 BGB a. F. unter anderem deswegen ab, weil er aufgrund der quasidinglichen Wirkung von Satzungsregelungen eine analoge Anwendung der §§ 1098 I 2, II BGB, die das dingliche Vorkaufsrecht betreffen, für nahe liegender hält.

Die Bezeichnung als dingliche Satzungsregelung ist allerdings nicht unproblematisch. Denn die Abtretungsverpflichtung wirkt grundsätzlich obligatorisch. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass richtigerweise die Nichtbeachtung der Abtretungsverpflichtung aufgrund der grundsätzlich obligatorischen Natur keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer anderweitig erfolgten Veräußerung hat, Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 88 (er differenziert zwischen „dinglicher“, S. 439, und „obligatorischer“ Wirkung, S. 88). Dennoch kommt eine dingliche Wirkung dadurch zustande, dass die Verpflichtung auch den Pfandgläubiger trifft, weil die Satzung für sämtliche Gesellschafter Rechte und Pflichten regelt und der Pfandgläubiger nicht mehr erhalten kann als dem Schuldner zusteht. Vgl. vor allem unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(a), S. 126 und 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127.

⁸⁶⁹ So aber Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 141.

⁸⁷⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81.

Zustellung an den Gesellschafterschuldner nach § 829 II 1 ZPO wird dieser vom Inhibitorium nach § 829 I 2 ZPO in Kenntnis gesetzt und hat sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten. Die Verstrickung, die als Folge der Pfändung den Pfändungsgegenstand der staatlichen Verfügungsmacht überleitet, hat grundsätzlich zur Folge, dass einer Verfügung über den Gesellschaftersanteil und somit einer Erfüllung der Abtretungsverpflichtung die §§ 135, 136 BGB entgegenstehen.⁸⁷¹ Eine Verfügung des Gesellschafterschuldners kollidiert nur dann nicht mit diesen Bestimmungen, wenn eine Beeinträchtigung des Pfändungsgläubigers trotz Veräußerung nicht gegeben ist, da die §§ 857, 829 I 2 ZPO iVm. 135, 136 BGB Schutzbestimmungen zugunsten des Pfändungsgläubigers sind.⁸⁷² Verboten sind nur Verfügungen, die das Recht des Gläubigers beeinträchtigen.⁸⁷³ Zwar wird teilweise vertreten, dass den Interessen des Pfändungsgläubigers entweder durch das Fortbestehen des Pfandrechts am Abfindungserlös oder am Veräußerungsentgelt ausreichend Rechnung getragen sei, weil das Interesse der Gesellschaft an der Abwehr nicht gewollter Dritter als Gesellschafter höher zu bewerten sei.⁸⁷⁴ Dem kann allerdings mit dieser Begründung nicht gefolgt werden, da diese Ansicht hauptsächlich auf einer nicht gerechtfertigten⁸⁷⁵ Berücksichtigung von Vinkulierungsklauseln beruht.⁸⁷⁶

(a) Abtretungsfestigkeit des Pfandrechts

Zu klären ist somit, inwieweit das Pfändungspfandrecht gegenüber einer Erfüllung der Abtretungsverpflichtung resistent ist. §§ 135, 136 BGB stehen dann nicht entgegen.⁸⁷⁷ Es wird zwar vertreten, eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen sei schon deshalb ausgeschlossen, weil eine entsprechende Ausschließungsklausel als Bestimmung der Grenzen und des Inhalts der Beteiligung an der GmbH zu verstehen sei, die im Geschäftsanteil verkörpert und daher vom Gläubiger hinzunehmen sei.⁸⁷⁸ Dies habe zur Folge, dass die Erfüllung der Abtretungsverpflichtung zu einem Anteilsübergang unter Wegfall des Pfändungspfandrechts führe.⁸⁷⁹ Dass der Geschäftsanteil im Gegensatz zur Rechtslage bei der Einziehung bestehen bleibe, stehe einem Erlöschen des Pfändungspfandrechts nicht entgegen. Zur Begründung hierfür wird ein Vergleich zur Rechtslage bei der Kaduzierung von Gesellschaftersanteilen nach 21 ff. GmbHG gezogen.⁸⁸⁰

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar ist es richtig, dass nach allgemeiner Meinung trotz Fortbestehens des Gesellschaftersanteils als Folge der Kaduzierung alle dinglichen Belastungen des Anteils, die vom Gesellschafter begründet wurden, erlöschen.⁸⁸¹ Doch lässt sich hieraus nicht schließen, dass dies auch bei der Veräußerung infolge der Abtretungsverpflichtung gelten soll, weil dem GmbHG wegen des Vergleichs zur Kaduzierung ein Fortbestehen des Gesellschaftersanteils bei gleichzeitigem Erlöschen dinglicher Recht nicht fremd ist.⁸⁸² Denn zum einen tritt die Rechtslage bei der Kaduzierung nicht etwa als Folge der Übertragung des Anteils aufgrund einer Versteigerung nach § 23 GmbHG ein, sondern bereits aufgrund der Verfallerklärung nach § 21 II 1 GmbHG. Zum anderen und vor allem aber ist die Ursache für die Annahme des Erlöschens im Falle der Kaduzierung eine völlig andere. Zweck der Kaduzierungsregelungen ist die Sicherung der Kapitalaufbringung, da ansonsten die Einzahlung der vollen Einlage gefährdet ist. Das Recht der Gesellschaft auf Volleinzahlung der Stammeinlage nach §§ 7

⁸⁷¹ Vgl. allgemein Thomas/Putzo-Putzo, § 803 Rn. 7, § 829 Rn. 19 ff., 31 ff. Es handelt sich folglich um ein relatives Verfügungsverbot, das zur Unwirksamkeit nur gegenüber dem geschützten Dritten führt, vgl. Thomas/Putzo-Putzo, § 829 Rn. 33; Zöller-Stöber, § 829 Rn. 18. Die relativ unwirksame Verfügung wird mit Genehmigung des geschützten Dritten vollwirksam, BGH, Urteil vom 20.2.1997, NJW 1997, 1581, 1582; Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 8; MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster, § 135 Rn. 50. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung des § 185 II BGB, Soergel-Leptien, § 185 Rn. 19. Jedenfalls entsprechend; MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster, § 135 Rn. 50 i.V.m. MünchKomm-Schramm, § 185 Rn. 14.

⁸⁷² Wer aus diesen Vorschriften geschützt ist, ergibt sich aus der Vorschrift, die das Verbot anordnet, mithin § 829 I 2 ZPO, Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 4.

⁸⁷³ Vgl. schon RG, Urteil vom 19.4.1910, RGZ 73, 276, 278; BGH, Urteil vom 12.7.1968, NJW 1968, 2059, 2060; Urteil vom 5.4.2001, Rpfleger 2001, 435; Bauer/Stürmer, § 30 Rn. 18; Stein/Jonas-Brehm, § 829 Rn. 90; Brox/Walker Rn. 618; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 829 Rn. 66; MünchKommZPO-Smid, § 829 Rn. 40; Stöber, Forderungspfändung Rn. 559; Zöller-Stöber, § 829 Rn. 18. Vgl. zur genauen Begründung hierfür sowie insbesondere zur Frage, ob es sich um eine teleologische Reduktion oder eine restriktive Auslegung handelt, ausführlich unten **2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140.**

⁸⁷⁴ Vgl. Fischer, GmbHR 1961, 21, 23.

⁸⁷⁵ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b), S. 82.**

⁸⁷⁶ Vgl. Fischer, GmbHR 1961, 21, 22 ff. Vgl. zur Frage, ob sich im Wege einer teleologischen Reduktion ein anderes Ergebnis ergibt unten **2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140.**

⁸⁷⁷ Das Bestehenbleiben des Pfändungspfandrechts entspricht der überwiegenden Meinung: Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 41; Stein/Jonas-Brehm, § 829 Rn. 90; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 61; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 135; Scholz-Winter, § 15 Rn. 174, 181; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 81. Gegen die Möglichkeit einer gegenüber dem Pfändungsgläubiger wirksamen Veräußerung wegen § 829 I 2 ZPO dagegen Heuer, ZIP 1998, 405, 408; Kranz, S. 205; Schuler, NJW 1960, 1423, 1426, hierzu unten **2. Kapitel: V.1.b)dd)(4)(b), S. 89.**

⁸⁷⁸ Souffleros, Ausschließung, S. 290 f.

⁸⁷⁹ Souffleros, Ausschließung, S. 290 f.; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 38 ff. schließt sich im Ergebnis an, gibt hierfür jedoch letztlich keine Begründung.

⁸⁸⁰ Souffleros, Ausschließung, S. 291.

⁸⁸¹ Michalski-Ebbing, § 21 Rn. 124; Scholz-Emmerich, § 21 Rn. 28; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 21 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff, § 21 Rn. 14; Hachenburg-Müller, § 21 Rn. 57; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 21 Rn. 40; enger Ewald, ZHR 92 (1928), 96, 154 ff.: Untergang des Pfandrechts nur bei Veräußerung nach § 23 GmbHG, dagegen nicht im Falle des Erwerbs nach § 22 GmbHG; für ein Bestehenbleiben von Drittrechten am Erlös nachrangig zu Rechten der Gesellschaft dagegen Melber, S. 178 ff.

⁸⁸² So aber Souffleros, Ausschließung, S. 291; ihm folgend, allerdings ohne eigene Begründung, Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 53; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 38 f.; unklar insoweit auch Hachenburg-Zutt, § Anh. § 15 Rn. 89 (hierzu genauer Fn. **885**).

II, 19 GmbHG belastet den Geschäftsanteil von Anfang an und geht daher den notwendig später entstehenden Rechten vor.⁸⁸³

Die Gegenansicht verkennt somit den Charakter der Kaduzierungsbestimmungen als gesetzliches Zwangsverwertungsrecht der Gesellschaft zur Sicherung der Kapitalerhaltung. Damit ist eine gesellschaftsvertragliche Abtretungspflicht nicht vergleichbar. Es ist auch nicht ersichtlich, wie eine gesellschaftsvertragliche Regelung dazu berechtigen kann, dingliche Rechte Dritter zum Erlöschen zu bringen und auf diese Weise in Zwangsvollstreckungsmaßnahmen unmittelbar einzugreifen.⁸⁸⁴ Die Gegenauffassung bleibt auch die Erklärung schuldig, inwieweit bei Erlöschen des Pfändungspfandrechts eine Abtretung im Hinblick auf die §§ 135, 136 BGB überhaupt möglich ist und ist somit in sich widersprüchlich.⁸⁸⁵

(b) Keine Vergleichbarkeit mit der Forderungspfändung

Zu diskutieren bleibt jedoch, ob nicht aufgrund einer Parallele zur Forderungspfändung die Erfüllbarkeit der Abtretungsverpflichtung anzuzweifeln ist. Die überwiegende Meinung hierzu geht nämlich davon aus, dass zwar die Forderung pfandrechtsbelastet übertragen werden könne, weil es keinen gutgläubigen lastenfreien Forderungserwerb gebe, dies jedoch nur unter der Prämisse einer Zustimmung des Pfändungsgläubigers. Eine Beeinträchtigung der gesetzlich durch das Inhibitorium nach § 829 I 2 ZPO geschützten Rechtsposition des Gläubigers sei schon allein aufgrund der Tatsache gegeben, dass sich dieser mit einem weiteren Vollstreckungsgegner auseinandersetzen müsse.⁸⁸⁶ Teils wird dies auch für die Pfändung des Geschäftsanteils so gesehen, mit der Folge, dass ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers die Verfügung gegenüber diesem unwirksam ist.⁸⁸⁷

Weitgehende Einigkeit hinsichtlich der Frage eines Verstoßes gegen § 829 I 2 ZPO besteht nur insoweit, als jedenfalls beeinträchtigende Verfügungen ausgeschlossen sind.⁸⁸⁸ Zu klären ist, ob nicht darüber hinaus der Vergleich mit der Forderungspfändung notwendig auch für die Pfändung des GmbH-Anteils dazu führen muss, dass eine Übertragung des Geschäftsanteils bei Bestehenbleiben des Pfändungspfandrechts unter der Voraussetzung einer Zustimmung des pfändenden Gläubigers steht, was wiederum von einer Bejahung einer Gläubigerbenachteiligung abhängt.

Letztlich kann die Frage nur durch eine genaue Auseinandersetzung mit den Unterschieden zwischen Forderungspfändung und Anteilspfändung beantwortet werden. Es zeigt sich bei näherer Betrachtung ein grundlegender Unterschied zur Pfändung eines GmbH-Anteils, der einen Vergleich mit der Forderungspfändung verbietet. Dies ist entgegen *Heuer*⁸⁸⁹ auch nicht hinsichtlich der durch § 15 GmbHG eingeräumten Verfügungsbefugnis anders.⁸⁹⁰ Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Verwertung des gepfändeten Gegenstands unterschiedlich erfolgt. Während die gepfändete Forderung zur Einziehung oder an Zahlung statt nach § 835 I ZPO überwiesen wird, scheidet diese Möglichkeit im Falle des GmbH-Anteils regelmäßig aus. Vielmehr tritt an deren Stelle die Verwertung nach § 844.⁸⁹¹ Der Forderungspfändungsgläubiger ist somit auf die Geltendmachung der Forderung angewiesen, weshalb es für ihn nachteilhaft ist, wenn der Schuldner die Forderung abtritt, da er sich in diesem Fall mit einem weiteren Vollstreckungsgegner auseinandersetzen müsste, was nicht ohne Gefahren für die Verwertung der Forderung ist. Insoweit ist also durchaus mit der herrschenden Meinung die Abtretung trotz der Tatsache, dass das Pfändungspfandrecht bestehen bleibt, an die Zustimmung durch den Pfändungsgläubiger geknüpft, da ansonsten das Verfügungsverbot des § 829 I 2 ZPO einer Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger entgegensteht.

Ganz anders stellt sich die Rechtslage allerdings für den Fall der Pfändung des GmbH-Anteils dar. Eine Benachteiligung für den Gläubiger ist in diesem Fall nicht ersichtlich. Dass ein Dritter Inhaber des pfändungspfandrechtsbelasteten Geschäftsanteils ist, steht dem nicht entgegen. Der Gläubiger kann den Geschäftsanteil grundsätzlich nur durch eine Verwertung nach § 844 ZPO zu Geld machen. Diese Verwertungsmöglichkeit wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass sich der Geschäftsanteil nunmehr in der Hand eines Zessionars befindet. Dieser kann auf den Geschäftsanteil nicht mehr und nicht weniger, sondern vielmehr gerade nur insoweit einwirken, als dies auch dem Vollstreckungsschuldner möglich war. Das Pfändungspfandrecht wird somit nicht beeinträchtigt.

⁸⁸³ Michalski-*Ebbing*, § 21 Rn. 124; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 21 Rn. 13; Hachenburg-Müller, § 21 Rn. 57.

⁸⁸⁴ Scholz-Winter, § 15 Rn. 181, vor allem auch Fn. 765.

⁸⁸⁵ Unverständlicherweise setzt sich *Zutt* einem noch weitergehenden Widerspruch aus. So bejaht er als selbstverständlich das Bestehenbleiben des Pfändungspfandrechts im Falle der Übertragung des Geschäftsanteils, Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 81. Demgegenüber scheint er für den Fall einer statutarischen Abtretungspflicht davon auszugehen, dass das Pfandrecht erlischt und dem Gläubiger als Surrogat die Abfindungsforderung zusteht, Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 89. Auf diesen Widerspruch weist auch *Heuer*, ZIP 1998, 405, 408, Fn. 38 hin.

⁸⁸⁶ *Bauer/Stürmer*, § 30 Rn. 18; *Brox/Walker* Rn. 618; *Heuer*, ZIP 1998, 405, 407; *Stöber*, Forderungspfändung Rn. 559; a. A. bereits für den Fall der Forderungspfändung RG, Urteil vom 19.4.1910, RGZ 73, 276, 278; *Stein/Jonas-Brehm*, § 829 Rn. 90, der allerdings dem Schuldner zum Schutz des Gläubigers zahlreiche Verpflichtungen auferlegen will; *Tempel*, JuS 1967, 75, 79.

⁸⁸⁷ *Heuer*, ZIP 1998, 405, 408; *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 92 f.; *Kranz*, S. 205 – allerdings ohne jegliche Begründung.

⁸⁸⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)dd(4), S. 87; von diesem Standpunkt geht wohl auch *Heuer*, ZIP 1998, 405, 407 aus.

⁸⁸⁹ ZIP 1998, 405, 408.

⁸⁹⁰ Die Rechtslage ist nur insoweit parallel, als die Verfügung sowohl über die Forderung als auch über den Geschäftsanteil eine Verfügung über das gesamte Pfandobjekt darstellt. Hier ist *Heuer* beizupflichten.

⁸⁹¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81.

Es kann aber auch für den Fall, dass ausnahmsweise ein GmbH-Anteil nach § 835 I 1. Alt. ZPO zur Einziehung überwiesen wird, nichts anderes gelten.⁸⁹² Auch auf diesen Fall sind die Grundsätze der Forderungspfändung nicht übertragbar. Die Überweisung einer Geldforderung führt dazu, dass der Gläubiger zwar nicht Inhaber der Forderung wird. Sie hat jedoch zur Folge, dass der Gläubiger dazu ermächtigt ist, die Forderung gegenüber dem Drittschuldner im eigenen Namen geltend zu machen und alle Handlungen, die der Befriedigung des Anspruchs dienen, vorzunehmen.⁸⁹³ Letztlich ist es also Sinn und Zweck der Überweisung zur Einziehung, dass der Drittschuldner an den Gläubiger zahlt und dieser dadurch befriedigt wird.⁸⁹⁴ Daraus erklärt sich auch, dass es für den Gläubiger nachteilig ist, wenn die Forderung an einen Dritten abgetreten wird. Im Falle der Pfändung eines GmbH-Anteils kann dagegen aus dem überwiesenen Anteil selbst keine Zahlung zur Befriedigung verlangt werden. Es handelt sich nicht um eine Geldforderung, sondern um ein Mitgliedschaftsrecht. Die Befriedigung erfolgt vielmehr erst aufgrund der durch die Satzung eingeräumten Kündigungsmöglichkeit nach § 60 II GmbHG, die die Auflösung der Gesellschaft bzw. das Ausscheiden aus der Gesellschaft⁸⁹⁵ und somit die Umwandlung des Geschäftsanteils in Geld im Wege der Liquidation zur Folge hat, mithin also mittelbar erst in einem zweiten Schritt. Diese Kündigungsmöglichkeit besteht aber – wie auch die oben angesprochene und grundsätzliche einschlägige Verwertung nach § 844 ZPO – unabhängig davon, ob der Geschäftsanteil an einen Dritten abgetreten ist. Dieser kann auf den Geschäftsanteil nur im gleichen Umfang einwirken wie der ursprüngliche Gesellschafter. Der Gläubiger wird durch die Abtretung nicht schlechter gestellt.

Es bleibt somit bei dem grundsätzlichen Ergebnis,⁸⁹⁶ dass der Vollstreckungsschuldner seiner Abtretungsverpflichtung nachkommen kann, das Pfändungspfändrecht dabei jedoch nicht erlischt. Die Übertragung ist mangels Gläubigerbenachteiligung auch nicht an die Zustimmung des Gläubigers gebunden und diesem gegenüber deshalb auch ohne Zustimmung nicht nach §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB unwirksam. Dem Erwerber bleibt nur die Möglichkeit, von seinem Ablöserecht analog §§ 268, 1273 II, 1223 II BGB Gebrauch zu machen.⁸⁹⁷ Auch ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus, da es sich nicht um ein verbrieftes Recht handelt.⁸⁹⁸

ee) Zwangseinziehung⁸⁹⁹ des GmbH-Anteils

Nicht zuletzt wegen der Probleme, die eine Abtretungsverpflichtung aufwirft, wird vielfach die Zwangseinziehung des Geschäftsanteils für den Fall der Pfändung vorgeschlagen.⁹⁰⁰ Eine Harmonisierung zur Rechtslage in der KG setzt allerdings voraus, dass aus der Einziehung jedenfalls eine der im Recht der Personengesellschaften nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 1 BGB eintretenden Anwachsung vergleichbare Rechtsfolge resultiert, so dass insoweit schon an dieser Stelle auf die Rechtsfolgen der Zwangseinziehung einzugehen ist.

Durch die Einziehung vernichtet die Gesellschaft den Geschäftsanteil.⁹⁰¹ Als Konsequenz der Vernichtung des Geschäftsanteils ändern sich die Beteiligungsverhältnisse der verbleibenden Gesellschafter nach dem neuen Verhältnis ihrer Anteile zum unverändert bleibenden Stammkapital.⁹⁰² Unstreitig ist davon auszugehen, dass jedenfalls materiellrechtlich eine der Anwachsung entsprechende Situation eintritt, da die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten sich anteilig vermehren.⁹⁰³

⁸⁹² Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81.

⁸⁹³ Stein/Jonas-Brehm, § 835 Rn. 14; Brox/Walker Rn. 639; MünchKommZPO-Smid, § 835 Rn. 12; Stöber, Forderungspfändung Rn. 589 ff.

⁸⁹⁴ Stein/Jonas-Brehm, § 835 Rn. 1; Brox/Walker Rn. 633; MünchKommZPO-Smid, § 835 Rn. 3.

⁸⁹⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)aa)(2), S. 53.

⁸⁹⁶ Vgl. zur Frage, ob sich aufgrund der besonderen gesellschaftsrechtlichen Situation ein anderes Ergebnis ergibt, ausführlich unten 2. Kapitel: V.1.b)ggg)(3), S. 140.

⁸⁹⁷ Reichert, Zustimmungserfordernis, S. 85; Scholz-Winter, § 15 Rn. 181.

⁸⁹⁸ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 41; Stein/Jonas-Brehm, § 829 Rn. 94; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 135; Scholz-Winter, § 15 Rn. 174 i.V.m. 165; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 135; Anh. 15 Rn. 81.

⁸⁹⁹ Neben dem Zweck, die gesellschaftliche Beteiligungsstruktur zu erhalten, dient die Einziehung aber auch als Instrument zur Erreichung anderer Ziele. Zu nennen sind hier insbesondere die Ermöglichung des freiwilligen Austritts eines Gesellschafters ohne gleichzeitige Kapitalherabsetzung oder Auflösung der Gesellschaft, vgl. hierzu allgemein Niemeier, Einziehung, S. 6 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 1; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 6; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 2; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 3, vgl. auch oben 2. Kapitel: IV.1.c)cc), S. 54.

⁹⁰⁰ Vgl. nur Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 246; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 141; Scholz-Winter, § 15 Rn. 182.

⁹⁰¹ Dies ist auch der Unterschied zum Anteilerwerb durch die Gesellschaft nach § 33 GmbHG sowie zum Abandon nach § 27 GmbHG und zur Kaduzierung des Geschäftsanteils nach § 21 GmbHG. Die Einziehung beschränkt sich eben nicht darauf, dem bisherigen Gesellschafter den Geschäftsanteil zu entziehen, allgemeine Meinung, vgl. BGH, Urteil vom 14.9.1998, GmbHR 1998, 1177, 1178; Beschluss vom 25.1.1985, WM 1985, 515; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 16; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 2; Niemeier, Einziehung, S. 5; Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 117; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 47; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 112; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 57; Scholz-Winter, § 15 Rn. 182; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 58 ff. Aus dem Wortlaut kann dies allerdings jedenfalls nicht direkt abgeleitet werden. Es steht auch nicht gänzlich im Einklang mit der Struktur der GmbH als Kapitalgesellschaft. Im Gegensatz zum Recht der Personengesellschaften können Geschäftsanteile nicht durch Eintritt oder Austritt eines Gesellschafters entstehen bzw. sich in nichts auflösen, Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a); vgl. schon oben Fn. 513. Damit ist die Vernichtung des Geschäftsanteils bei gleichzeitigem Ausschluss des Gesellschafters, wie hier angenommen [vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133], eigentlich nicht vereinbar. Doch hat der Gesetzgeber gerade mit dem Begriff der Einziehung die von ihm vorausgesetzte Vernichtung des eingezogenen Geschäftsanteils verdeutlichen wollen (Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 90), so dass dies als gesetzliche Grundregel zu verstehen ist, Wulff, GmbHR 1999, 958, 960.

⁹⁰² Das Stammkapital bleibt grundsätzlich unverändert, wenn nicht eine Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG vorgenommen worden ist. Eine automatische Herabsetzung des Stammkapitals findet unstreitig nicht statt, Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 51; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 2; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1493, 1496; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 115; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 62; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 58; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960.

⁹⁰³ BayObLG, Beschluss vom 25.10.1991, GmbHR 1992, 42; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 51; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 122; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 62; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 62

Strittig ist aber, ob auch eine automatische Angleichung der Nennbeträge der Gesellschaftsanteile an die veränderte Rechtslage eintritt oder, ob es jedenfalls zunächst bei einer Diskrepanz von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter bleibt. Diese Frage braucht jedoch hier nicht abschließend geklärt zu werden, da jedenfalls eine faktische Anwachsung der Rechte und Pflichten eintritt, mithin die Rechtsfolge der Einziehung zur Lösung der Problematik geeignet ist.⁹⁰⁴

(1) Voraussetzungen der Zwangseinziehung

Es müssen die Anforderungen an eine Zwangseinziehung eingehalten werden. § 34 GmbHG lässt die Einziehung von Geschäftsanteilen zu, ohne deren Voraussetzungen ausreichend zu regeln. Es haben sich jedoch neben den kodifizierten Anforderungen eine Reihe von Anforderungen herausgebildet, die weitgehend unstreitig sind.

(a) Zulassung im Gesellschaftsvertrag

(aa) Grundsätzliche Anforderungen

Zunächst setzt eine Einziehung bereits nach dem Wortlaut des § 34 I GmbHG voraus, dass hierfür eine Grundlage in der Satzung enthalten ist.⁹⁰⁵ Soll die Einziehung darüber hinaus, wie hier gewünscht, zwangsweise, also ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, möglich sein, so müssen zusätzlich die Anforderungen nach § 34 II GmbHG erfüllt sein. Die Voraussetzungen der Zwangseinziehung müssen daher grundsätzlich hinreichend bestimmt bereits bei Erwerb des Geschäftsanteils durch den betroffenen Gesellschafter statutarisch verankert sein.⁹⁰⁶

(bb) Zulassung der Zwangseinziehung durch Satzungsänderung

Enthält die Satzung nicht von Anfang an eine Einziehungsregelung, so stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer nachträglichen Einführung durch Satzungsänderung. Unproblematisch zulässig ist dies für den Fall der freiwilligen Einziehung nach § 34 I GmbHG.⁹⁰⁷

Problematischer ist die Rechtslage allerdings bei der Zwangseinziehung, insbesondere im Hinblick auf den Wortlaut des § 34 II GmbHG, der die satzungsmäßige Festlegung der Voraussetzungen gerade vor Erwerb der entsprechenden Gesellschaftsbeteiligung fordert. Dies scheint einer nachträglichen Einziehungsklausel entgegen zu stehen. Doch ist auch für diesen Fall den Gesellschaftern die Möglichkeit der Zwangseinziehung nicht verwehrt. Das Erfordernis der vorherigen Festlegung in der Satzung hat den Zweck, sicherzustellen, dass der betroffene Gesellschafter sich dem Mehrheitswillen bereits unterworfen hat. Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn der Gesellschafter den Anteil in (vermuteter) Kenntnis vom Satzungsinhalt rechtsgeschäftlich erwirbt. Wenn nun die Klausel erst nachträglich aufgenommen wird, so ist dem eigentlich nicht Rechnung getragen. Es darf jedoch nicht am Wortlaut des § 34 II GmbHG als alleinigem Maßstab festgehalten werden. Vielmehr kommt man im Wege teleologischer Auslegung zu dem Ergebnis, dass dem Sinn und Zweck der erhöhten Anforderungen des § 34 II GmbHG auch dann Genüge getan ist, wenn das Einverständnis mit der Aufnahme der Klausel nachträglich erklärt wird, da auch aus der Mitwirkung an einer Satzungsänderung der Schluss auf eine zumindest konkludente Unterwerfung gezogen werden kann.⁹⁰⁸ Denn § 34 II GmbHG soll den Gesellschafter, der seiner Einlageverpflich-

f.; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960 f. Auch dies ist nicht unproblematisch vor dem Hintergrund, dass eine mit Ein- und Austritt eines Gesellschafters verbundene Anwachsung wie im Recht der Personengesellschaften dem Kapitalgesellschaftsrecht fremd ist, Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a), vgl. auch schon oben Fn. 513, 901.

⁹⁰⁴ Vgl. zur Frage, ob auch tatsächlich eine Anwachsung im rechtlichen Sinne stattfindet, unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(4), S. 120.

⁹⁰⁵ Bereits die nach § 34 I GmbHG zulässige freiwillige Einziehung, die noch von der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters abhängt, vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(b), S. 93, muss in der Satzung zugelassen sein, weil die Einziehung Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten der übrigen Gesellschafter hat (§§ 24, 31 III GmbHG), Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 6, 8; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 14; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 7; einschränkend dagegen Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 8, der § 24 nicht für einschlägig hält, weil die Einziehung die Volleinzahlung der Einlage voraussetzt; dem steht jedoch schon entgegen, dass der noch nicht voll eingezahlte Geschäftsanteil nicht zugleich auch der eingezogene Anteil sein muss, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 8, Fn. 12. Zu den angesprochenen Auswirkungen oben 2. Kapitel: V.1.b)ee, S. 90 sowie unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(4), S. 120.

⁹⁰⁶ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 14; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 8; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 29; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 32; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 7. § 34 I GmbHG bezieht sich auch auf die Zwangseinziehung, nicht zuletzt deshalb, weil damit der Schutz der übrigen Gesellschafter vor den Nachteilen der Einziehung gewährleistet werden soll und dieser Schutz auch für den Fall der Zwangseinziehung Bedeutung erlangen kann, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 29; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 32. Das Zusammenspiel der ersten beiden Absätze von § 34 GmbHG ist insoweit unklar, als die Formulierung „soweit“ in § 34 I GmbHG auf den ersten Blick die Einziehung generell nur dann zuzulassen scheint, wenn deren Voraussetzungen statutarisch festgelegt sind. Doch folgt im Umkehrschluss aus § 34 II GmbHG, dass auch bei Fehlen der Festlegung der Voraussetzungen die Einziehung möglich ist, dann freilich nur unter der Voraussetzung der Zustimmung. Die Zulassung der Einziehung an sich ist allerdings generell erforderlich, so dass deren Fehlen auch durch eine Zustimmung nicht kompensiert werden kann, vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 8; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 7. Vgl. zur Ausnahme vom grundsätzlichen Erfordernis der Zulassung in der Satzung bereits oben Fn. 552 und unten 1958.

⁹⁰⁷ Vgl. Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 5; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 10; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 16 mit jeweils weiteren Nachweisen, vor allem auch zur Frage, ob eine Mehrheitsentscheidung nach § 53 II GmbHG ausreichend ist oder die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, § 53 III GmbHG.

⁹⁰⁸ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131; BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 7; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 14; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 34

tung nachgekommen ist, davor bewahren, seine Beteiligung ungewollt auf eine Weise zu verlieren, mit der er nicht rechnen musste.⁹⁰⁹ Anderenfalls würde man zu dem Ergebnis kommen, dass eine Zwangseinziehungsklausel in der Gründungssatzung erst für die Rechtsnachfolger der Gründungsgesellschafter greifen kann und nicht für diese selbst. Das Gegenteil ist selbstverständlich, da eine Geltung nur für die Rechtsnachfolger der Gründer die Gesellschaftsform GmbH, die regelmäßig geprägt ist von einem engen und nicht schnell wechselnden Gesellschafterkreis, entwerten würde. Sogar für die Aktiengesellschaft kann auch eine Bindung schon der Gründungsgesellschafter erreicht werden, § 237 I 2 1. Alt. AktG. Für eine Aufnahme der Klausel durch Satzungsänderung kann daher nichts anderes gelten.⁹¹⁰

(cc) Mehrheitsanforderungen hinsichtlich der Satzungsänderung

Fraglich ist allerdings, ob für die Satzungsänderung die Zustimmung aller Gesellschafter im Sinne des § 53 III GmbHG erforderlich ist⁹¹¹ oder ob die Zustimmung von $\frac{3}{4}$ der Gesellschafter im Sinne des § 53 II GmbHG ausreicht. Die Kontorverse in der Literatur ist alles andere als übersichtlich,⁹¹² da die verschiedenen Meinungen nur selten hinreichend herausgearbeitet werden und daher die Zuordnung der verschiedenen Autoren zu den differierenden Meinungen häufig fraglich ist. Die verschiedenen Ansichten lassen sich in zwei Hauptströme aufgliedern: Nach verbreiteter Meinung muss differenziert werden: Für die Beschlussfassung zur Satzungsänderung soll grundsätzlich die Mehrheit nach § 53 II GmbHG ausreichend sein. Zum einen sei der Gesellschafter über § 34 II GmbHG hinreichend geschützt, weil ohne seinen Willen der Geschäftsanteil nicht entzogen werden könne. Denn von der Frage der Mehrheit, die für eine Beschlussfassung erforderlich ist, muss der Aspekt getrennt werden, dass § 34 II GmbHG nach seinem Sinn und Zweck eine Unterwerfung des einzelnen Gesellschafters unter die Einziehung erfordert. Daher ist aus § 34 II GmbHG das Erfordernis der Zustimmung zur Satzungsänderung seitens derjenigen Gesellschafter zu fordern, die von der Einziehungsklausel betroffen sein werden. Insoweit findet also eine gewisse Modifizierung der Anforderungen nach § 53 II GmbHG statt. Als weiteres Argument gegen das Erfordernis der generellen Zustimmung sämtlicher Gesellschafter wird auch angeführt, es sei keine Leistungsvermehrung gegeben, die eine Anwendung des § 53 III GmbHG rechtfertigen würde.⁹¹³

Fraglich ist allerdings auch nach dieser Auffassung, ob eine mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit beschlossene Satzungsänderung, wenn auch nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben, dennoch für die zustimmenden Gesellschafter greift. Dies hängt von der Auslegung des jeweiligen Änderungsbeschlusses ab. Sollte die Einziehungsklausel für alle Gesellschafter gelten, so ist die Satzungsänderung gescheitert und auch die zustimmenden Gesellschafter sind an ihre Zustimmung nicht mehr gebunden. Anderes kann nur dann gelten, wenn die Änderung jedenfalls für die zustimmenden gelten sollte, die dann den Kreis der Betroffenen darstellen.⁹¹⁴ Letzteres kann man allerdings nur dann annehmen, wenn die Zustimmung eine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen, nicht zustimmenden Gesellschaftern in Kauf nehmen wollten. Ein solcher Wille kann allerdings nicht vermutet werden und muss daher wenigstens andeutungsweise im Beschluss zum Ausdruck kommen.⁹¹⁵

Es bleibt jedoch zu klären, ob eine Anwendung von § 53 III GmbHG der Interessenlage nicht eher gerecht wird. So kann man argumentieren, dass eine Leistungsvermehrung im Sinne dieser Vorschrift insbesondere auch durch die nachträgliche Einführung einer Einziehungsklausel gegeben ist, da die Einziehung von Geschäftsanteilen eine Belastung der Gesellschafter darstellt, die über die ursprünglichen, durch den Gesellschaftsvertrag begründeten, gesetzlichen Pflichten hinausgeht. Zwar deutet auch der Wortlaut des § 53 III GmbHG auf eine Zustimmung nur der betroffenen Gesellschafter hin, doch lässt sich eben eine generelle Betroffenheit aller Gesellschafter vertreten. Es scheidet zwar eine Haftung aus § 24 GmbHG, jedenfalls im Hinblick auf den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter, aus, weil die Einziehung nur vollständig eingezahlte Geschäftsanteile erfasst,

Rn. 5; *Niemeier*, Einziehung, S. 204; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 10; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 31; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 33; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 18. A. A. noch *Hachenburg-Schmidt*, 6. Auflage, § 34 An. 13; weitere Nachweise bei *Kranz*, S. 92, Fn. 310; vgl. ausführlich zum Streitstand und für die h. M. *Kranz*, S. 92 ff.

⁹⁰⁹ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131.

⁹¹⁰ *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 33; *Niemeier*, Einziehung, S. 199; vgl. zu der damit in Zusammenhang stehenden Frage, ob hierfür die Zustimmung etwaiger dinglich Berechtigter Gläubiger erforderlich ist unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e), S. 99**.

⁹¹¹ Vgl. zum Erfordernis der Zustimmung dinglich berechtigter Dritter unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e), S. 99**.

⁹¹² Vgl. zum Streitstand als Ausnahme von der Regel allerdings ausführlich *Kranz*, S. 94 ff.

⁹¹³ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131 (der BGH spricht explizit von der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter und wird daher fälschlich von *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 14, für die eigene, gegenteilige Auffassung, zitiert; ebenso von *Rowedder/Schmidt Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 10, Fn. 19 sowie von *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 31 Fn. 76); vgl. auch offen lassend BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 363; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 7; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 34 f. i.V.m. Rn. 17; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 19 (er stellt für die freiwillige Einziehung auf die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit nach § 53 II GmbHG ab, § 34 Rn. 10; ebenso *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 5; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 17). Strittig innerhalb dieser Ansicht ist, ob bei fehlender Zustimmung eines Gesellschafters die mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit beschlossene Satzungsänderung wenigstens für deren Rechtsnachfolger greift, so *Paulick*, GmbHR 1978, 121, 124. Dem kann allerdings nicht gefolgt werden, da die Vereinbarung der Zwangseinziehung zu einer Umgestaltung der Mitgliedschaft führt, so im Hinblick auf die weiter bestehende Veräußerungsbefugnis des überstimmten Gesellschafters und seiner Rechtsnachfolger. Dies setzt dessen Zustimmung voraus. Da die Änderung der Mitgliedschaft auf die Satzungsänderung zurückzuführen ist und nicht auf die, die aus dem Anteil folgenden Rechte und Pflichten unberührt lassende rechtsgeschäftliche Verfügung an den Rechtsnachfolger, kommt es auf die Zustimmung des jeweiligen Anteilsinhabers an, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 7; *Niemeier*, Einziehung, S. 209; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 36.

⁹¹⁴ *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 7; *Niemeier*, Einziehung, S. 212 ff.; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 37; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 19; a. A. wohl *Paulick*, GmbHR 1978, 121, 124.

⁹¹⁵ BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 372; *Hueck*, DB 1957, 37, 40; *Niemeier*, Einziehung, S. 212 ff., vor allem 215 f.; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 37; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 19; *Zöllner*, Stimmrechtsmacht, S. 113.

§ 34 III GmbHG. Denkbar ist jedoch eine Haftung aus § 31 III GmbHG, wenn der betroffene Gesellschafter rückzuerstattende Beträge nach § 30 GmbHG erhalten hat und diese von ihm nicht erlangt werden können. Diese Verpflichtung erhöht sich automatisch mit dem Untergang der Rechte und Pflichten des betroffenen Gesellschafters. Entsprechendes gilt natürlich auch für die Verpflichtung aus § 24 GmbHG, die andere Geschäftsanteile als den einzuziehenden, betrifft.⁹¹⁶ Da jeder Gesellschafter somit von den negativen Folgen der Einziehung betroffen sein kann, lässt sich auch argumentieren, eine Zustimmung aller Gesellschafter sei erforderlich.⁹¹⁷

Dem kann andererseits wiederum entgegengehalten werden, dass auch an anderer Stelle eine Mehrheitsentscheidung als grundsätzlich ausreichend angesehen wird, obwohl Auswirkungen auf die Haftungsverhältnisse drohen, so namentlich im Rahmen von Kapitalerhöhungen nach §§ 55 ff. GmbHG.⁹¹⁸ Dieser Vergleich hinkt freilich, wenn man berücksichtigt, dass es die Gesellschafter jedenfalls bei Kapitalerhöhungen nach § 55 GmbHG selbst in der Hand haben, ob sie durch Übernahme einer Stammeinlage an der Erhöhung des Kapitals und damit auch der Haftung mitwirken.⁹¹⁹

Bei genauerer Betrachtung ist allerdings der Unterschied zwischen beiden Ansichten weitaus geringer, als er auf den ersten Blick zu sein scheint. Sie unterscheiden sich eigentlich nur darin, dass die h. M. eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit ausreichen lässt, für die Wirksamkeit aber die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter verlangt, während die Gegenauffassung generell die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verlangt. Sollen alle Gesellschafter erfasst werden – und dies ist der absolute Regelfall – so werden die Ansichten daher auch kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, da von der Regelung einer Zwangseinziehung im Normalfall auch nach der die Anwendung des § 53 III GmbHG grundsätzlich ablehnenden Meinung, alle Gesellschafter betroffen sein werden und daher zustimmen müssen.⁹²⁰

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Satzung allerdings eine möglichst genaue Regelung enthalten, die die Formalitäten der nachträgliche Einführung einer Einziehungsklausel festlegt und dabei den sichersten Weg geht. Diese bedeutet, dass die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter als Erfordernis der diesbezüglichen Satzungsänderung vorzusehen ist. Nur auf diesem Wege kann Streit über die Wirksamkeit der Satzungsänderung vermieden werden. Freilich liegt es nahe, anstelle einer solchen Regelung die Einziehungsmöglichkeit gleich in die Gründungssatzung aufzunehmen.

(b) Regelungsgegenstand – notwendiger Inhalt

Für eine gesellschaftsvertragliche Klausel, die eine Zwangseinziehung für zulässig erklärt, gelten im Hinblick auf das Maß an Konkretisierung wesentlich höhere Anforderungen, als dies für die freiwillige Einziehung nach § 34 I GmbHG der Fall ist. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass im Falle der freiwilligen Einziehung des Geschäftsanteils eben zusätzlich die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erforderlich ist, die sich nach §§ 182 ff. BGB richtet.⁹²¹ Demgegenüber verlangt § 34 II GmbHG eine konkrete Festlegung auch der Voraussetzungen, was letztlich darauf zurückzuführen ist, dass der jeweilige Gesellschafter bei Gründung der GmbH oder später, bei seinem Eintritt, die Regelungen über die Voraussetzungen der Einziehung seines Geschäftsanteils bereits akzeptiert. An die Stelle der im Falle der freiwilligen Einziehung noch erforderlichen Zustimmung tritt bei § 34 II GmbHG die exakte Regelung der Voraussetzungen der Einziehung.⁹²²

In Konsequenz dieser, für den betroffenen Gesellschafter weitreichenden Folgen, muss die Zwangseinziehungsklausel zum einen erkennen lassen, dass nicht nur eine freiwillige Einziehung ermöglicht werden soll, die noch von der Zustimmung des Gesellschafters abhängt, sondern darüber hinaus die Befugnis besteht, dem Gesellschafter die Grundlage seiner Beteiligung auch gegen seinen Willen zu entziehen. Aus der bloßen Regelung bestimmter Einziehungsanlässe kann nicht auf den Willen zur Zwangseinziehung geschlossen werden, da dies auch lediglich als einschränkende Konkretisierung der freiwilligen Einziehung gedacht sein kann.⁹²³

Zum anderen müssen dem Gesellschafter die genauen Gründe einer Entziehung vor Augen geführt werden, denn wenn § 34 II GmbHG von „Voraussetzungen derselben“ spricht, so sind damit jedenfalls die Gründe für die Zwangseinziehung gemeint, da durch die Zwangseinziehungsklausel das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter betroffen ist und die Regelung nur dann für Erwerber des Geschäftsanteils verbindlich ist.⁹²⁴ Vor dem Hinter-

⁹¹⁶ Vgl. oben Fn. 905.

⁹¹⁷ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 160 zur Ausschließung eines Gesellschafters; BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2164 f.; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 14; Paulick, GmbHR 1978, 121, 123 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 10; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 692; Wolff, GmbHR 1999, 958, 959. Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit wenigstens die zustimmenden Gesellschafter gebunden sind, wenn kein einstimmiger Beschluss zustande kommt, vgl. Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 32.

⁹¹⁸ Lutter/Hommelhoff, § 55 Rn. 12; Scholz-Priester, § 55 Rn. 22; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 34 i.V.m. Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann, § 55 Rn. 7; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 55 Rn. 11.

⁹¹⁹ Kranz, S. 98; Lutter/Hommelhoff, § 55 Rn. 13.

⁹²⁰ Vgl. auch Kranz, S. 98.

⁹²¹ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131, 132; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 4; Niemeier, Einziehung, S. 220 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 8, 25; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 13; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 692; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 15, 21, 38; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 7, 12 f.

⁹²² Niemeier, Einziehung, S. 216 f.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 13.

⁹²³ Niemeier, Einziehung, S. 219; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 692; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 38.

⁹²⁴ Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 15; Niemeier, Einziehung, S. 220 f.; Paulick, GmbHR 1978, 124. Sehen die Gesellschafter davon ab, besteht die Möglichkeit, dass die Regelung als schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschafter aufrechterhalten wird, die dann allerdings nicht gegen Erwerber des Geschäftsanteils gelten würde, Niemeier, Einziehung, S. 221; vgl. zu schuldrechtlichen Nebenabreden, vor allem deren Abgrenzung zu echten Satzungsbestandteilen unten 2. Kapitel: V.1.b)gg(2)(a), S. 139.

grund, dass der betroffene Gesellschafter bei Begründung seiner Mitgliedschaft wenigstens die Risiken einer mögliche Zwangseinziehung kalkulieren können soll, wenn ihm schon die „Letztentscheidungskompetenz“ genommen ist, muss eine entsprechende Klausel so genau und vollständig sein, dass sie der Subsumtion eines – wenn auch streitigen – Sachverhalts zugänglich ist und auch eine gerichtlichen Prüfung ermöglicht.⁹²⁵

Dagegen zählt nach mittlerweile überwiegender Ansicht zu den Mindestanforderungen nicht die Regelung der Höhe und Fälligkeit der Abfindung. Entgegen der früher herrschenden Meinung⁹²⁶ ergibt sich der Anspruch auf Einziehung auch ohne Regelung im GmbHG schon aus dem ungeschriebenen Recht und die Fälligkeit aus § 271 BGB⁹²⁷, so dass eine Regelung zwar aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen ist, sie jedoch keinen konstitutiven Charakter hat, sondern vielmehr nur konkretisierenden. Ein Fehlen einer entsprechenden Regelung hat daher weder Auswirkungen auf die Einziehungsklausel, noch auf den auf dieser beruhenden Einziehungsbeschluss.⁹²⁸

Die allgemeine Formulierung „Voraussetzungen“, die § 34 GmbHG verwendet, stellt keine näheren Anforderungen an die inhaltliche Beschaffenheit der Gründe, die eine Einziehung rechtfertigen.⁹²⁹ Neben verhaltensbedingten Gründen ist vor allem auch an verhaltensunabhängige Gründe zu denken, insbesondere solche, die in den Vermögensverhältnissen wurzeln, wie Insolvenz und Pfändung.⁹³⁰ Ausreichend sind sachliche Gründe, die nicht das Gewicht eines wichtigen Grundes erreichen müssen, da insoweit bereits die Ausschlussklage greift, auch ohne Regelung in der Satzung.⁹³¹ Fraglich ist allerdings, welcher Grad an Konkretisierung den Anforderungen an eine subsumtionsfähige Klausel gerecht wird. Im Hinblick auf Gesichtspunkte der Praktikabilität sind übertriebene Anforderungen an die Formulierung der jeweiligen Tatbestände nicht angebracht.⁹³² Es herrscht weitgehend Einigkeit, dass eine enumerative Aufzählung möglicher Einziehungsgründe nicht konstitutiv ist. Erkennbar muss aber sein, dass, und in welchem Umfang der einzelne Gesellschafter dem Willen der Mehrheit zur Zwangseinziehung unterworfen ist.⁹³³

Dem Erfordernis nach hinreichender Genauigkeit steht die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe jedenfalls dann nicht entgegen, wenn einer weitergehenden Konkretisierung Sachgründe entgegenstehen.⁹³⁴ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist schon aus Gründen der Praktikabilität unumgänglich. Die Gestaltungspraxis kann nicht sämtliche Fälle verklausuliert bereits in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen.⁹³⁵ Dafür spricht auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber selbst an zahlreichen Stellen unbestimmte Rechtsbegriffe als ausreichend angesehen hat, vgl. 133, 140 HGB. Insbesondere, wenn auf Begrifflichkeiten abgestellt wird, die auch sonst üblich sind, können somit allgemein gehaltenen Klauseln keine schlagkräftigen Argumente entgegengehalten werden.⁹³⁶ Maßgeblicher Aspekt darf nicht die Tatsache der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sein, sondern vielmehr die Frage nach deren gerichtlicher Nachprüfbarkeit, die sich durchaus bejahen lässt, mag das Ergebnis auch bis in die letzte Instanz offen bleiben.⁹³⁷ Es gilt insoweit nichts anderes als im Recht der Personengesellschaften. Dort ist auch entgegen der gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsklage⁹³⁸ anerkannt, dass der Gesellschaftsvertrag die Ausschließung aus wichtigem Grund durch Gesellschafterbeschluss vorsehen kann.⁹³⁹ Auch ist eine Ausrichtung des persönlichen Verhaltens an diesen Maßstäben möglich.⁹⁴⁰

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit ihrer Verwendung sollten unbestimmte Rechtsbegriffe nur dann verwendet werden, wenn es unumgänglich ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist Augenmerk darauf zu legen, bereits im

⁹²⁵ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131, 132; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.3.1960, GmbHR 1960, 126 mit zustimmender Anmerkung von Pleyer, GmbHR 1978, 126; Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 34 Rn. 26; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 16; Niemeier, Einziehung, S. 217 f.; Paulick, GmbHR 1978, 121, 125; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 30; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 34; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 692; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 38; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 13.

⁹²⁶ OLG Hamburg, Beschluss vom 25.1.1957, NJW 1957, 1033; Hueck, DB 1957, 37; Pleyer, GmbHR 1960, 126; vgl. weitere Hinweise bei Niemeier, Einziehung, S. 232, Fn. 150, 151.

⁹²⁷ Vgl. hierzu unten Fn. 1068.

⁹²⁸ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 19; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 15; Niemeier, Einziehung, S. 232 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 30; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 34; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 39, 68; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 22.

⁹²⁹ Niemeier, Einziehung, S. 220.

⁹³⁰ BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22 ff., Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31. Vgl. zur Pfändung als zulässigem Einziehungsgrund unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(d), S. 97.

⁹³¹ BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 108; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; vgl. zur Ausschlussklage unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133.

⁹³² Niemeier, Einziehung, S. 221.

⁹³³ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 36; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 693; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 38.

⁹³⁴ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131 (wichtiger, in der Person des Gesellschafters liegender Grund); OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.1989, GmbHR 1989, 466 (wichtiger Grund, insbesondere Verstoß gegen Treuepflicht); Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 16; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 693; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 38; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15.

⁹³⁵ Niemeier, Einziehung, S. 221.

⁹³⁶ Niemeier, Einziehung, S. 221; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 36; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 38.

⁹³⁷ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131 (wichtiger, in der Person des Gesellschafters liegender Grund); OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.1989, GmbHR 1989, 466 (wichtiger Grund, insbesondere Verstoß gegen Treuepflicht); Niemeier, Einziehung, S. 221; Hachburg-Ulmer, § 34 Rn. 38; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15.

⁹³⁸ § 140 HGB.

⁹³⁹ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15; vgl. zur Ausschließung aus wichtigem Grund durch Gesellschafterbeschluss ausführlich unten 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146.

⁹⁴⁰ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131, 132; Paulick, GmbHR 1978, 121, 125; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15.

Rahmen der Vertragsgestaltung alle denkbaren Einziehungsründe umfassend zu regeln, weil insbesondere die nachträgliche Einführung von Einziehungsründen erhebliche Schwierigkeiten bereitet.⁹⁴¹

Die Frage nach einer optimalen Formulierung der Einziehungsründe lässt sich wohl am besten dahingehend beantworten, dass zwar unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, jedoch nur als Auffangtatbestand für nicht speziell geregelte Fälle.⁹⁴² Mit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe lässt sich die Vielzahl der denkbaren Möglichkeiten ohne ausschweifende Vertragsklauseln erfassen.

(c) Freies Belieben der Mehrheit oder einzelner Gesellschafter als Zwangseinziehungsgrund⁹⁴³

Dem Interesse der Gesellschafter würde es am ehesten gerecht, wenn sie von Fall zu Fall die Entscheidung über die Einziehung in der Gesellschafterversammlung treffen könnten und sich der betroffene Gesellschafter dann dem Mehrheitswillen zu unterwerfen hätte. Zwar sind die Grenzen der Bestimmtheit entsprechender Klauseln durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen aufgeweicht. Eine Regelung, nach der die Einziehung dem Belieben der Mehrheit der Gesellschafter ausgesetzt ist, läuft allerdings Gefahr, die Grenzen zu überschreiten.

Eine solche Regelung kann der kautelarjuristischen Praxis nicht mehr grundsätzlich empfohlen werden,⁹⁴⁴ seit der Bundesgerichtshof seine ständige Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, dass eine Hinauskündigungsklausel regelmäßig sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB ist,⁹⁴⁵ auf die GmbH ausgedehnt hat.⁹⁴⁶ Man kann dies allerdings nicht mit der Bestimmung des § 34 II GmbHG begründen, da, ebenso wie bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die notwendige Klarheit und gerichtliche Nachprüfbarkeit auch bei einer im Ermessen der Gesellschafter liegenden Einziehungsbefugnis, gegeben ist. Bei Anerkennung der Klausel ist klar, dass die Einziehung jederzeit erfolgen kann.⁹⁴⁷

Der maßgebliche Aspekt für die Unzulässigkeit der Klausel ist daher mehr im Individualschutz des jeweiligen betroffenen Gesellschafters zu sehen. Zwar plädieren Teile der Literatur für eine Zulässigkeit mit dem Argument, dass eine entsprechende Vereinbarung Ausfluss der Privatautonomie ist, die besagt, dass die Parteien, die eine autonome Regelung treffen, vor Gericht nicht rechtfertigen müssen, warum sie die Regelung so und nicht anders getroffen haben und daher die Gesellschafter nur vor einseitigen unangemessenen Vermögensnachteilen zu bewahren sind im Wege einer Ausübungskontrolle.⁹⁴⁸

⁹⁴¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(a), S. 91 sowie Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.19 Anm. 54.

⁹⁴² Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 24.2.2003 – II ZR 243/02, GmbHR 2003, 583; vgl. auch den Sachverhalt zu OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.1989, GmbHR 1989, 466; Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 6: diese Variante ist allerdings nicht unproblematisch, weil auf Fälle abgestellt wird, die eine Ausschließung aus wichtigem Grund rechtfertigen würden und dann exemplarisch wichtige Gründe aufgelistet werden, worunter auch die Pfändung fallen soll. Da aber gerade umstritten ist, ob auch die Pfändung einen wichtigen Grund in der Person des Gesellschafters darstellt [vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103], sollte von dieser Formulierung Abstand genommen werden; abzustellen ist vielmehr auf Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.19, § 14; Reichert, Der GmbH-Vertrag, § 13; vgl. auch Fn. 1320.

⁹⁴³ Vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen bei Niemeier, Einziehung, S. 221 ff.

⁹⁴⁴ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 18; Niemeier, S. 221 ff., insbesondere 229; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 692; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 41; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 43; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16, allerdings nicht ohne Kritik; vgl. auch Grunewald, Ausschluss, S. 220 ff.: Sie macht die Zulässigkeit von einer vollwertigen Abfindung sowie einem Verfahren abhängig, das eine korporationsinterne Diskussion des Ausschlusses sicherstellt; differenzierend dagegen Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 30 f.: Es sei zu differenzieren zwischen dem freien Ermessen gegenüber einzelnen Gesellschaftern und dem freien Ermessen, das der jeweiligen Mehrheit gegenüber jedem beliebigen Gesellschafter zusteht; nur in letzterem Fall sei die Regelung unzulässig im Sinne der h. M.

⁹⁴⁵ BGH, Urteil vom 20.1.1977, BGHZ 68, 212, 215; Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 56/80, BGHZ 81, 263, 266; Urteil vom 3.5.1982, BGHZ 84, 11, 14; Urteil vom 25.3.1985, NJW 1985, 2421, 2422; Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 216 f.; Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 107: zur GmbH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Personengesellschaft; Urteil vom 7.2.1994, NJW 1994, 1156, 1157 alle die Ausschließung betreffend; BGH, Urteil vom 21.3.1988, BGHZ 104, 50, 58 f. betreffend das Übernahmerecht. Anders dagegen noch BGH, Urteil vom 16.12.1960, BGHZ 34, 80, 83 betreffend das Übernahmerecht und BGH, Urteil vom 29.1.1962, WM 1962, 462, 463 betreffend die Ausschließung. In beiden Urteilen nimmt der BGH die Sittenwidrigkeit nur bei Vorliegen besonderer, zusätzlicher Umstände an.

Diese Rechtsprechung hat auch Zustimmung von weiten Teilen der Literatur gefunden, vgl. Heymann-Emmerich, HGB, § 140 Rn. 39; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 140 Rn. 23; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 53 ff.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 140 Rn. 79; MünchKomm-Ulmer, § 737 Rn. 16; im Ergebnis auch Behr, ZGR 1990, 370, 377. Dem hält Flume, DB 1986, 629, 632 zwar entgegen, dies sei nicht hinnehmbar, weil vor der Kehrtwende in der Rechtsprechung mit dem Urteil vom 20.1.1977, BGHZ 68, 212, 215 die ständige Rechtsprechung für eine Zulässigkeit eintrat, vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1960, BGHZ 34, 80, 83 und BGH, Urteil vom 29.1.1962, WM 1962, 462, 463 und sich daher auch die Kautelarjurisprudenz darauf einstellte im Rahmen der Vertragsgestaltung. Dem kann jedoch schon deshalb nicht gefolgt werden, weil schließlich auch eine ständige Rechtsprechung nicht die Unabänderbarkeit zur Folge hat, sondern nur zu einer gewissen Rechtssicherheit führt. Die Gerichte entscheiden jeden Fall aufs Neue, ohne durch ihre, wenn auch gefestigte, Rechtsprechung in ihrer Entscheidung gebunden zu sein. Dies gilt jedenfalls, solange sich die ständige Rechtsprechung noch nicht zu Gewohnheitsrecht weiterentwickelt hat, vgl. Palandt-Heinrichs, Einleitung Rn. 24, auch zu den Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht; kritisch neben Flume, auch Esch, NJW 1979, 1390 ff.: Einen Schutz des Gesellschafters gewährt er im Einzelfall über den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung; Huber, ZGR 1980, 177, 211.

⁹⁴⁶ BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 107; anders noch, BGH, Urteil vom 10.7.1967, WM 1967, 950 betreffend das Übernahmerecht. In dieser Entscheidung nimmt er allerdings Bezug auf seine Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, die zu diesem Zeitpunkt ebenfalls noch vom Gegenteil ausging, BGH, Urteil vom 16.12.1960, BGHZ 34, 80, 83 betreffend das Übernahmerecht und BGH, Urteil vom 29.1.1962, WM 1962, 462, 463 betreffend die Ausschließung, vgl. bereits Fn. 945.

⁹⁴⁷ Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 43; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16; vgl. auch Niemeier, Einziehung, S. 221, der allerdings enger jedenfalls eine erhebliche Einschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit konstatiert, dies aber nicht als den maßgeblichen Aspekt seiner ablehnenden Argumentation betrachtet; vgl. auch schon Hohner, GmbHR 1978, 241, 242: Möglich jedoch Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB.

⁹⁴⁸ Bunte, ZIP 1983, 8, 15; Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 101 ff., die auf den Vorrang der Ausübungskontrolle vor der Inhaltskontrolle abstellt und die daher in der Klausel an sich kein Problem sieht; vgl. auch Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 30,

Doch trägt diese Sicht dem Individualschutz der Gesellschafter nicht bzw. nicht ausreichend Rechnung. Im Recht der Personengesellschaften besteht nämlich bei Zulassung derartiger Klauseln die Gefahr einer unzulässigen und nach § 138 BGB sittenwidrigen Aushöhlung des Kernbereichs der Mitgliedschaft, weil der Gesellschafter durch die mit einer entsprechenden Hinauskündigungsklausel verbundene Ausschlussdrohung rechtlos gestellt und sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Gunst der Gesellschaftermehrheit abhängig ist. Wenngleich die Möglichkeit besteht, im Gesellschaftsvertrag die Ausschließung auch bei anderen als wichtigen Gründen vorzusehen, sind der Vertragsfreiheit Grenzen gesetzt.⁹⁴⁹ Folge ist, dass die Gesellschafter ihre Rechte nicht mehr nach eigener Überzeugung ausüben, sondern sich aufgrund dieser psychischen Drucksituation der jeweiligen Mehrheit in der Gesellschaft beugen werden.⁹⁵⁰ In der GmbH kann die Rechtslage nicht anders beurteilt werden, da die Stellung eines GmbH-Gesellschafters durchaus mit der eines OHG oder KG-Gesellschafters vergleichbar ist, insbesondere dann, wenn auch in der GmbH auf Grund der Wahl einer personen- und beteiligungsidentischen Struktur die Verbundenheit der Gesellschafter derjenigen einer Personenhandelsgesellschaft angenähert ist. Es ist nicht einzusehen, warum dem Gesellschafter einer GmbH ein Weniger an Schutz zukommen sollte als einem Kommanditisten. Auch in der GmbH soll die Mitwirkung des Gesellschafters an Beschlüssen in der Gesellschafterversammlung nach freier Entscheidung erfolgen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass eine entsprechende Regelung im Grundsatz zulässig ist und nur ausnahmsweise die Ermessensausübung im Wege der Ausübungskontrolle angegriffen werden kann.⁹⁵¹ Das Regel–Ausnahme–Verhältnis ist mit der herrschenden Auffassung gerade umgekehrt.

Eine Ausnahme ist allerdings im Anschluss an die Rechtsprechung zur Personengesellschaft⁹⁵² für den Fall anzunehmen, dass nur eine Ermessen einräumende Klausel der besonderen Zusammensetzung der Gesellschaft gerecht werden kann. Das Vorliegen „ganz besonderer Umstände“ kann also als Rechtfertigung dienen.⁹⁵³ Dies ist insofern unproblematisch, weil diese Gründe, die die Einräumung von Ermessen ausnahmsweise zulässig machen, nicht im Vertragstext angegeben sein müssen.⁹⁵⁴ Diese von der Rechtsprechung gemachte Ausnahme, zeigt zwar, dass die andauernde Drohung mit dem Ausschluss nicht immer eine unzumutbare und sittenwidrige Drucksituation verursacht und es somit immer auf den Einzelfall ankommen muss. Sie liefert somit genau genommen ein Argument für die Kritiker der h. M.⁹⁵⁵ Aus kautelarjuristischer Sicht wäre es jedoch verfehlt, von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen, zumal ein gerechter Ausgleich zwischen dem Schutzbedürfnis des betroffenen Gesellschafters und den Interessen der übrigen Gesellschafter letztlich wohl nur durch eine Vorverlagerung der Ausschlusskontrolle, verbunden mit einem Spielraum für eine entsprechende Vertragsgestaltung erreicht werden kann. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass eine unsachgemäße Beeinflussung des Gesell-

allerdings stark einschränkend, vgl. oben Fn. 944; vgl. zum Aspekt der Einschränkung der Privatautonomie auch Kübler, in FS Sigle, 183, 191.

⁹⁴⁹ BGH, Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 56/80, BGHZ 81, 263, 265 f. Der BGH begründete die grundsätzliche Unzulässigkeit zunächst, ohne auf § 138 I BGB einzugehen, allein damit, dass die Hinauskündigungsmöglichkeit die Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts verletzt, da der Gesellschaftsvertrag auf ein „gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks angelegt“ sei, aaO, S. 266. Erst später wurde dieser Verstoß gegen die Grundprinzipien durch den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB ergänzt, vgl. BGH, Urteil vom 25.3.1985, NJW 1985, 2421, 2422, der in den Folgeurteilen dann maßgeblicher Aspekt wird, BGH, Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 218; Urteil vom 5.6.1989, BGHZ 107, 351, 353.

⁹⁵⁰ BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 107 unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung zur Personengesellschaft, vgl. oben Fn. 945; Heymann-Emmerich, HGB, § 140 Rn. 39; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 140 Rn. 23; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 53 ff.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 140 Rn. 79; MünchKomm-Ulmer, § 737 Rn. 16. In der Literatur wird an dieser Argumentation des BGH teilweise kritisiert, dass damit der Boden einer an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der §§ 134, 138, 226, 242 BGB orientierten Inhaltskontrolle verlassen wird, weil auf die abstrakte Gefahr einseitiger Ausnutzung einer Machtstellung angeknüpft wird, vgl. Krämer, NJW 1981, 2553, 2555.

⁹⁵¹ BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 108; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 18; Niemeier, S. 221 ff., insbesondere 230 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 41; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 692; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 43, der eine Nichtigkeit analog der für die Aktiengesellschaft greifenden Bestimmung des § 243 Nr. 3 AktG wegen Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH annimmt; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16.

⁹⁵² Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20.1.1977, BGHZ 68, 212, 215; Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 56/80, BGHZ 81, 263, 269; Urteil vom 3.5.1982, BGHZ 84, 11, 14 f.; Urteil vom 25.3.1985, NJW 1985, 2421, 2422; Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 217; BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 108.

⁹⁵³ BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 108; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 18; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 41; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 43; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16. Strittig ist allerdings, wie diese Standardformulierung des BGH zu deuten ist. Teils wird nicht mehr gefordert als eine sachliche Berechtigung, da dies Willkür hinreichend ausschließe, Schilling, ZGR 1979, 419, 422 (Personengesellschaft), der aber scheinbar auch für die Ausübung generell eine sachliche Rechtfertigung verlangt, mithin die Ausschließung nur bei einer solchen zulassen will, worauf Behr, ZGR 1985, 475, 485 (Personengesellschaft) hinweist; in die Richtung von Schilling auch Wiedemann, in FS Fischer, S. 883, 897 f. (Personengesellschaft) sowie in Gedächtnisschrift Lüderitz, 839, 852 f.; die Kommentarliteratur ist meist ungenau, vgl. nur die obigen Nachweise; a. A. bereits Behr, ZGR 1985, 475, 485; Huber, ZGR 1980, 177, 200 ff., beide zur Personengesellschaft; richtigerweise muss jedoch differenziert werden zwischen außergewöhnlichen Umständen, die eine Hinauskündigungsklausel ausnahmsweise rechtfertigen und solchen sachlichen Gründen, die wie wichtige Gründe den Ausschluss selbst rechtfertigen können, vgl. hierzu ausführlich unten 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146. Es muss also zwischen der sachlichen Rechtfertigung der Hinauskündigungsklausel – nur darum kann es vorliegend gehen – und der sachlichen Rechtfertigung des Ausschlusses differenziert werden, so dass Schilling und Wiedemann wohl einem Missverständnis unterliegen, so Huber, ZGR 1980, 177, 200, Fn. 74.

⁹⁵⁴ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16.

⁹⁵⁵ Vgl. Bunte, ZIP 1983, 8, 15; Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 101; in diesem Sinne auch Krämer, NJW 1981, 2553, 2555; insoweit auch Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16. Vgl. allgemein zur Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht Westermann, AcP 175 (1975), 375, 414 f.

schafters unter Hinweis auf die Ausschlussmöglichkeit häufig schwer zu beweisen sein wird.⁹⁵⁶ Die entscheidende Frage muss daher lauten, was „besondere Umstände“ im Sinne der Rechtsprechung sein können.⁹⁵⁷

Ein solcher sachlicher Grund wird etwa dann angenommen, wenn der ausschlussberechtigte Gesellschafter wegen enger persönlicher Beziehungen zu seinem Mitgesellschafter die volle Finanzierung der Gesellschaft übernommen hat und diesem die Stellung als Mehrheitsgesellschafter und alleiniger Geschäftsführer eingeräumt hat. Da seine normalen gesellschaftsrechtlichen Befugnisse nicht ausreichen, hat der Gesellschafter bei Wegfall des persönlichen Vertrauens gar keine andere Möglichkeit, um seine persönlichen Investitionen für sich zurückzuholen.⁹⁵⁸ Derart besondere Konstellationen sind allerdings für die hier zur Diskussion stehende echte GmbH & Co. KG kaum vorstellbar, so dass eine Klausel, die die Einziehung von Geschäftsanteilen in das Ermessen des Berechtigten stellt, unzulässig ist.

Es besteht jedoch auch bei grundsätzlicher Unzulässigkeit der Klausel die Möglichkeit, diese im Wege ergänzender Auslegung über eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB im Sinne einer Klausel aufrechtzuerhalten, die die Einziehung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig macht. Die Klausel wird letztlich im Wege einer Art geltungserhaltenden Reduktion auf das gerade noch zulässige Maß reduziert.⁹⁵⁹

(d) Zulässigkeit der pfändungsbedingten Zwangseinziehung

(aa) Problematik der Gläubigergefährdung

Gegen die pfändungsbedingte Zwangseinziehung werden teilweise Bedenken hinsichtlich einer möglichen Gläubigergefährdung angemeldet: Der Gesellschafter schaffe sich die Möglichkeit eines haftungsfreien Vermögens. Dies sei nicht auf die Mitwirkung an einer für alle Gesellschafter geltenden gemeinsamen Vertragsordnung zurückzuführen, die den Anteil von vornherein nur mit dieser Belastung entstehen lasse. Die Benachteiligung des Gläubigers sei Inhalt des Rechtsgeschäfts und daher sittenwidrig, da eines der Grundprinzipien, die zur Konkretisierung der guten Sitten im Sinne des § 138 BGB herangezogen werden, unter anderem die unbeschränkte Vermögenshaftung des Schuldners ist. Dem widerspreche nicht nur die Bildung haftungsfreien Vermögens, sondern auch die Aufgabe eigenen Vermögens zur Vereitelung des Gläubigerzugriffs.⁹⁶⁰ Eine Ausnahme solle nur für den Fall der Orientierung am vollen Verwertungsinteresse des Gläubigers gelten, wenn also das für den Fall der Einziehung vorgesehene Entgelt dem Verkehrswert des Anteils entspricht,⁹⁶¹ oder wenn die Gesellschaft auf bestimmte Personen bzw. deren Familienangehörige zugeschnitten und damit einer Personengesellschaft angenähert ist.⁹⁶²

Nach richtiger und weit überwiegender Auffassung ist jedoch ein Bedürfnis für die pfändungsbedingte Einziehung und daher deren Zulässigkeit auch in anderen Fällen als den oben genannten Ausnahmen anzuerkennen. Die Gefahr der Gläubigerbenachteiligung ist zwar nicht von der Hand zu weisen, doch liegt ihre Ursache nicht in dem Recht der Mehrheit zur Zwangseinziehung, da der Gläubiger mit der Pfändung letztlich nur zu seinem Geld gelangen will. Für ihn steht somit die Anteilsverwertung im Vordergrund, nicht dagegen das Interesse an der Mitgliedschaft als solcher. Diesem Verwertungsinteresse ist Rechnung getragen, wenn an die Stelle der eingezo-

⁹⁵⁶ Michalski-Sosnitzer, § 34 Rn. 41.

⁹⁵⁷ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16.

⁹⁵⁸ BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 109 ff.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16. Im Übrigen ist die Frage, wann derartige besondere Umstände gegeben sind, alles andere als klar. Dies ist, auch nach der Rechtsprechung des BGH, Gegenstand einer Einzelfallbetrachtung und kann daher nicht abschließend entschieden werden, BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 108. Offengelassen wurde vom BGH, ob eine Anteilsschenkung darunter zu subsumieren ist, BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 109; vgl. zum Recht der Personengesellschaften die Zulässigkeit bejahend BGH, Urteil vom 16.12.1960, BGHZ 34, 80, 83 betreffend das Übernahmerecht und BGH, Urteil vom 29.1.1962, WM 1962, 462, 463 sowie Urteil vom 18.3.1968, WM 1968, 532, 533 f. betreffend das Ausschließungsrecht. Alle drei Entscheidungen sind allerdings geprägt von der früheren, die generelle Zulässigkeit von Ermessensklauseln annehmenden, Rechtsprechung, vgl. schon oben Fn. 945. Ob es hierbei bleiben wird, bleibt abzuwarten. Es sind allerdings aufgrund des Schwanks der Rechtsprechung zur generellen Unzulässigkeit derartiger Klauseln Zweifel angebracht, zumal der BGH in einem Abfindungsprozess eine Schmälerung der Rechte des Schenkungsempfängers abgelehnt hat, BGH, Urteil vom 9.1.1989, NJW 1989, 2685, 2686; bestätigt durch BGH, Urteil vom 2.7.1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 48 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 III.3.a). In der Literatur die Schenkung als Rechtfertigungsgrund ablehnend Michalski-Sosnitzer, § 34 Rn. 41; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16; bejahend dagegen Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 42. Vgl. zu weiteren denkbaren Fällen einer ausnahmsweise zulässigen Ermessensklausel Michalski-Sosnitzer, § 34 Rn. 41; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16.

⁹⁵⁹ Vgl. die Rechtsprechung des BGH zum Recht der Personengesellschaften, BGH, Urteil vom 5.6.1989, BGHZ 107, 351, 355 ff.; vgl. zur Aufrechterhaltung mit dem gerade noch zulässigen Inhalt auch BGH, Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 220 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 18; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 32; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 693; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 16. Es kommt nur eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB in Betracht, da ein Teilnichtigkeit in erster Linie gegeben ist, wenn nach Entfernen des unwirksamen Teils ein Vertragsinhalt übrig bleibt, der für sich allein Sinn macht. Diese Bestimmung ist aber auch auf Fälle anwendbar, in denen die Parteien anstelle der richtigen Regelung eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte Regelung getroffen hätten, wenn sie die Nichtigkeit gekannt hätten, BGH, Urteil vom 5.6.1989, BGHZ 107, 351, 355. Die Bedenken, die im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen die Reduzierung auf das zulässige Maß angeführt werden und die zur allgemein anerkannten Unwirksamkeit der geltungserhaltenden Reduktion führen (grundlegend BGH, Urteil vom 17.5.1982, BGHZ 84, 109, 114 ff. und Palandt-Heinrichs, Vorb. vor § 307 Rn. 9 mit weiteren Nachweisen vor allem auf die neuere Rechtsprechung), greifen im Gesellschaftsrecht auf Grund der Tatsache, dass diese Verträge individuell ausgehandelt werden, nicht, BGH, Urteil vom 5.6.1989, BGHZ 107, 351, 357 f.; H. P. Westermann, in FS Stimpel, S. 69, 87.

⁹⁶⁰ Bischoff, GmbHR 1984, 61, 64.

⁹⁶¹ Bischoff, GmbHR 1984, 61, 64 f., 66; ähnlich Winter, GmbHR 1967, 201, 206 vgl. hierzu unten Fn. 982.

⁹⁶² Grunewald, Ausschluss, S. 208.

nen Mitgliedschaft entsprechend §§ 1075, 1287 BGB⁹⁶³ eine hinreichende Abfindung tritt.⁹⁶⁴ Der Gläubiger kann nicht ein Mehr an Rechten erhalten, als dem Gesellschafter als Vollstreckungsschuldner selbst zusteht, da er nur auf das zugreifen kann, was zum Zeitpunkt der Pfändung vorhanden ist. Wenn vor diesem Zeitpunkt wirksam eine entsprechende Befugnis zur zwangsweisen Einziehung in die Satzung aufgenommen worden ist, so muss der Gläubiger dies hinnehmen.⁹⁶⁵

Die Mindermeinung vermengt hier zwei Probleme unzulässigerweise miteinander: Es muss zwischen der Frage nach der generellen Zulässigkeit der pfändungsbedingten Zwangseinziehung, die zu bejahen ist, und der Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Abfindungsregelung differenziert werden.⁹⁶⁶ Nur aus letzterer kann im Einzelfall eine unzulässige Gläubigergefährdung resultieren.⁹⁶⁷ Zu trennen ist somit die Motivation der Gesellschafter, das Eindringen unerwünschter Dritter zu verhindern, und das Motiv der Sicherung der Gesellschaft gegen unvorhergesehenen Kapitalabfluss, die sie mit der Einziehung anstreben, von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht, die durch die Ausgestaltung der Abfindungsregelung ermöglicht werden soll. Unzulässig sind daher jedenfalls Regelungen, die sich gezielt gegen einzelne Anteile richten.⁹⁶⁸

(bb) Aufschiebend befristete Einziehungsmöglichkeit

In Satzungsklauseln findet sich häufig die Bestimmung, dass die Einziehung erst möglich ist, wenn die Pfändung nicht innerhalb einer – meist kurz bemessenen – Frist aufgehoben worden ist.⁹⁶⁹ Solche Bestimmungen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Einziehung grundsätzlich das Fortbestehen des Grundes – in diesem Fall also der Pfändungsmaßnahme – auch noch zum Zeitpunkt der Einziehung verlangt.⁹⁷⁰ Ein anderes Ergebnis kann sich nur über die Auslegung im Einzelfall ergeben, wenn diese etwa zu dem Ergebnis führt, dass neben einem Schutz vor Überfremdung auch eine Rufschädigung der Gesellschaft verhindert werden soll, die unabhängig von einer erfolgten Aufhebung besteht.⁹⁷¹

Es ist aber fraglich, ob man bereits einer Klausel, die nur eine kurze Frist von etwa 6 Wochen vorsieht, einen Hinweis darauf entnehmen kann, dass die Einziehung wegen Rufschädigung auch dann möglich sein soll, wenn der Gesellschafter zwar die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahme erreicht hat, dies aber erst nach Ablauf der Frist, aber eben noch vor der Einziehung.⁹⁷² Man muss nämlich berücksichtigen, dass die Einziehung meist an einen wichtigen Grund, wenigstens an einen sachlichen Grund geknüpft ist und es fraglich ist, inwieweit ein solcher bei Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahme noch vorliegt.⁹⁷³ Dies kommt wohl nur dann hinreichend sicher in Betracht, wenn die Zahlung des Gläubigers durch die Gesellschafter oder Mitgesellschafter erfolgte. Es geht dann aber nicht um den Aspekt der Rufschädigung. Es steht vielmehr im Vordergrund, dass die Gesellschaft bzw. Gesellschafter bei einmal erfolgter Pfändung befürchten müssen, dass sich dies wiederholt und sie daher immer wieder zu Zahlungen gezwungen sein werden, um das Eindringen Dritter zu verhindern, was ein weiteres Zusammenarbeiten mit dem betroffenen Gesellschafter unzumutbar macht.⁹⁷⁴ Auch wenn dies nicht der Fall ist,

⁹⁶³ Vgl. unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e), S. 99**.

⁹⁶⁴ Diese Argumentation steht nicht in Widerspruch zur Begründung des Bestehenbleibens des Pfändungspfandrechts trotz Abtretungsverpflichtung, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87**. Es besteht ein grundlegender Unterschied zur Abtretungsverpflichtung. Diese lässt den Gesellschaftsanteil unberührt, während die Einziehung zum Erlöschen des Anteils führt, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)**. Es stehen sich somit eine schuldrechtliche Verpflichtung und eine „dinglich“ wirkende Maßnahme gegenüber. Durch die Einziehung wird die Substanz für das Pfändungspfandrecht entzogen. Demgegenüber kann es dogmatisch – jedenfalls ohne die Annahme einer teleologischen Reduktion, vgl. unten **2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140** – nicht erklärt werden, wie eine schuldrechtlich wirkende Abtretungsverpflichtung zur Vernichtung eines dinglichen Rechts führen soll, Scholz-Winter, § 15 Rn. 181.

⁹⁶⁵ Auch bei nachträglicher Einführung durch Satzungsänderung ist dies allerdings kein Argument für die generelle Unzulässigkeit der pfändungsbedingten Zwangseinziehung, sondern nur Anlass für die Frage einer eventuell erforderlich werdenden Zustimmung des Gläubigers, vgl. unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e), S. 99**.

⁹⁶⁶ Vgl. zur Problematik von Abfindungsbeschränkungen unten Fn. **1076**.

⁹⁶⁷ Absolut h. M. in Rechtsprechung und Literatur: BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24 f.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.6.1976, BB 1976, 1147, 1148; OLG Hamburg, Urteil vom 26.4.1996, BB 1997, 431, 432 mit Anmerkung Fingerhut, BB 1997, S. 432; Michalski, ZIP 1991, 147, 148; Rittstieg, DB 1985, 2285, 2287; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 45; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 14; zustimmend für den Fall der Insolvenz, was sich erst recht auf den Fall der Pfändung übertragen lässt van Venrooy, GmbHR 1995, 339 ff. unter Diskussion der Nachteile. Lediglich in besonderen Fällen kann aus der Treuepflicht ein anderes Ergebnis angezeigt sein. Ein solcher Ausnahmefall ist vor allem dann denkbar, wenn die Gesellschaft Teil des Konzerns eines Gesellschafters ist; dann kann die Treuepflicht die Gesellschafter trotz Vorliegens der satzungsmäßigen Einziehungsvoraussetzungen dazu anhalten, von ihrer Befugnis keinen Gebrauch zu machen, weil es schwerwiegende Konsequenzen für die Gesellschaft hat, wenn sie aus dem Konzernzusammenhalt herausgerissen wird. Gleiches gilt allgemein auch in Fällen, in denen die Gesellschaft auf bestimmte Leistungen eines Gesellschafters angewiesen ist, van Venrooy, GmbHR 1995, S. 339 ff.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 14.

⁹⁶⁸ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 14; vgl. hierzu auch unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. 110** sowie Fn. **1076**.

⁹⁶⁹ Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 39; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15; vgl. etwa zu einer Frist von nur 6 Wochen OLG Hamburg, Urteil vom 26.4.1996, BB 1997, 431; vgl. zu einer Frist von 2 Monaten, spätestens bis Anteilsverwertung Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.22, § 27 II lit. d); vgl. zu einer Frist von 3 Monaten Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 64 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 14 II lit. b).

⁹⁷⁰ OLG Hamburg, Urteil vom 26.4.1996, BB 1997, 431, 432; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 39.

⁹⁷¹ Fingerhut, Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 26.4.1996, 432; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 39; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15.

⁹⁷² So aber die Autoren Fn. **971**; vgl. auch Michalski, ZIP 1991, 147, 149 ff., der allerdings nach den Gründen für die Einstellung der Zwangsvollstreckung differenziert.

⁹⁷³ Lutter, GmbHR 1997, 1134, 1135, der die Frage aber letztlich offen lässt, weil er die Einziehung jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht nur als ultima ratio anerkennt; ähnlich Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 39; vgl. zur ultima ratio ablehnend ausführlich unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(g), S. 105**.⁹⁷⁴ Michalski, ZIP 1991, 147, 150 f.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 15.

macht die Befristung Sinn. Sie verdeutlicht dann, dass die Zwangseinziehung im Pfändungsfall eben nicht vor-schnell, sondern erst nach einer Mindestdauer der Pfändung erfolgen können soll.⁹⁷⁵

(e) Erfordernis der Zustimmung des pfändenden Gläubigers

Als grundlegender Unterschied zur Lösung über eine satzungsmäßige Abtretungsverpflichtung kommt es bei der Einziehung auch zum Erlöschen bestehender dinglicher Rechte Dritter und somit auch des Pfändungspfandrechts des Gläubigers, weil der Geschäftsanteil verschwindet und somit das Bezugsobjekt für diese Rechte fehlt. Diese können sich allerdings am Abfindungsanspruch als Surrogat entsprechend §§ 1075, 1287 BGB fortsetzen.⁹⁷⁶ Dies wirft freilich die Frage auf, inwieweit dieser Eingriff in die Rechte Dritter deren Zustimmung erfordert.

(aa) Rechtslage für den Fall der freiwilligen Einziehung

Für den Fall der freiwilligen Einziehung wird in der Tat überwiegend dann ein Zustimmungserfordernis angenommen, wenn es sich um Rechte Dritter handelt, die bei der Gesellschaft nach § 16 GmbHG angemeldet sind, da in der Zustimmung des Gesellschafterschuldners zur Einziehung eine die Rechte des Dritten unmittelbar beeinträchtigende Verfügung zu sehen ist. Das folgt für den Nießbrauch aus § 1071 I BGB, für das vertragliche Pfandrecht aus § 1276 I BGB, für das Pfändungspfandrecht des vollstreckenden Gläubigers ergibt sich dies aus §§ 857 I, 829 I 2 ZPO.⁹⁷⁷ Die Bestimmungen sind auf den Fall der Einziehung jedenfalls entsprechend anwendbar, da die Zustimmung zwar nach überwiegender Auffassung keine rechtsgeschäftliche Verfügung darstellt, sondern nur im Sinne einer Rechtswirksamkeitsbedingung des Einziehungsakts zu verstehen ist.⁹⁷⁸ Der Sinn und Zweck der Vorschriften spricht jedoch zumindest für eine entsprechende Anwendung. Ohne die Zustimmung des dinglich Berechtigten ist die Zustimmung des Gesellschafterschuldners gegenüber dem Gläubiger nach §§ 135, 136 BGB unwirksam.⁹⁷⁹ Allerdings setzt dies die Anmeldung nach § 16 GmbHG voraus, da anderenfalls das Zustimmungserfordernis zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde, die es zu verhindern gilt.⁹⁸⁰ Für das Pfändungspfandrecht gilt jedoch insoweit eine Besonderheit, als eine Anmeldung für das Pfändungspfandrecht nach § 16 GmbHG nicht in Betracht kommt, da an ihre Stelle die Zustellung an die GmbH als Drittschuldner tritt. Die Zustellung nach § 829 III ZPO muss dann als ausreichend angesehen werden.⁹⁸¹

⁹⁷⁵ OLG Hamburg, Urteil vom 26.4.1996, BB 1997, 431, 432.

⁹⁷⁶ RG, Urteil vom 8.12.1933, RGZ 142, 373, 378 f.; BGH, Urteil vom 16.5.1988, BGHZ 104, 351, 354; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 16; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 48; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 114; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 58; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 64. Die dinglichen Surrogationsbestimmungen des BGB sind zwar nur dann direkt anwendbar, wenn (Pfändungs-)Pfandrecht oder Nießbrauch bereits am Abfindungsanspruch bestehen und dann geleistet wird. Die Bestimmungen sind aber einer analogen Anwendung zugänglich. Sie greifen zwar nur für Forderungen, worunter der Geschäftsanteil nicht fällt. Ihr Zweck besteht aber darin, das dingliche Recht an einem vom Untergang bedrohten Belastungsobjekt zu erhalten, indem es sich am Ersatzobjekt fortsetzt. Die Schutzbedürftigkeit des dinglichen Rechts ist nicht dadurch gemindert, dass sich der ursprüngliche Belastungsgegenstand zunächst in eine Forderung verwandelt, so dass eine analoge Anwendung gerechtfertigt ist, Niemeier, Einziehung, S. 355 f.

⁹⁷⁷ Es handelt sich bei § 829 I 2 ZPO um ein relatives Verfügungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB, vgl. oben 871.

⁹⁷⁸ Vgl. schon RG, Urteil vom 24.11.1933, JW 1934, 976, 976 f. – Leitsatz; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 11; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 15 m.w.N.; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 23; Scholz-Winter, § 15 Rn. 170; entgegen Scholz-Winter, § 15 Rn. 170, Fn. 717, spricht sich Schuler, NJW 1960, 1423, 1426 für die Annahme einer Verfügung aus; weitergehend Niemeier, Einziehung, S. 190, der in der Zustimmung verfügenden Charakter sieht und einer direkten Anwendung der genannten Vorschriften zuneigt, weil er in diesen keine Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Verfügungen entdecken kann.

⁹⁷⁹ Zwar wir von der Gegenauffassung darauf hingewiesen, dass sich das beschränkt dingliche Recht am Einziehungsentgelt als Surrogat fortsetzt nach §§ 1075, 1287 BGB und dies für ausreichenden Ausgleich Sorge, so dass die Schutzbestimmungen für die Gläubiger schon nicht einschlägig sind, vgl. Fischer, GmbHR 1961, 21, 27; Müller, GmbHR 1969, 4, 8 f., der zum einen § 1276 BGB als nicht einschlägig sieht, weil nicht die Zustimmung des Gesellschafters, sondern erst ein weiterer Rechtsakt seitens der Gesellschaft zur Einziehung führt; vor allem führt er Wertungsgesichtspunkte an; durch das Zustimmungserfordernis des Dritten würde die Einziehung von einer Person abhängig gemacht, die nicht aufgrund der Treuepflicht die Interessen der Gesellschaft gebührend zu berücksichtigen hat. Doch ist nach den genannten Vorschriften zu entnehmenden Intention des Gesetzgebers die Befugnis des Gläubigers gewollt, bereits den Rechtsverlust verhindern zu können, zumal das Einziehungsentgelt häufig keinen vollen Ersatz bietet (vgl. unten Fn. 1076) und daher die Tatsache der Surrogation an einer Beschränkung des Pfandrechts nichts ändert, Heuer, ZIP 1998, 405, 409; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 61; § 34 Rn. 6; Niemeier, Einziehung, S. 190 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 48; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 15; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 23 und entgegen Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 23, Fn. 38 auch Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 64; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 35; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 418, 439 (für die Zwangsamortisation); Winter, GmbHR 1967, 201, 204. Zudem handelt es sich nicht um die Ausübung von Mitverwaltungsrechten, so dass der Sozialcharakter, der die Annahme einer Treueverpflichtung rechtfertigen könnte, fehlt; der Hinweis auf die fehlende Treueverpflichtung des Dritten geht daher ins Leere, Scholz-Winter, § 15 Rn. 170.

⁹⁸⁰ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 6; Niemeier, Einziehung, S. 196; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 23; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 35; vgl. zur Anwendung des § 16 GmbHG oben 2. Kapitel: IV.2.b)aa)(2)(b), S. 73 – Pfandrecht – und 2. Kapitel: IV.2.b)bb)(2)(b), S. 78 – Nießbrauch.

⁹⁸¹ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 16 Rn. 2; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 16 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 22; Scholz-Winter, § 16 Rn. 45; Hachenburg-Zutt, § 16 Rn. 54; vgl. zur Problematik der GmbH als Drittschuldnerin oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81.

(bb) Rechtslage für den Fall der Zwangseinziehung

Die Zwangseinziehung zeichnet sich dagegen gerade dadurch aus, dass sie auch gegen den Willen des Schuldners möglich ist. Es liegt in diesen Fällen jedenfalls insoweit keine Verfügung des Schuldnergesellschafters vor, die eine Zustimmung des dinglich berechtigten Dritten aufgrund der Bestimmungen der §§ 1071, 1276 BGB, 857 I, 829 I 2 ZPO rechtfertigen würde. Aus diesem Grunde kann sich der Dritte grundsätzlich nicht widersetzen. Das aus der Pfändung resultierende Verfügungsverbot nach §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB richtet sich nur gegen den Gesellschafter als Vollstreckungsschuldner und greift nicht in die Rechte der GmbH ein, so dass die Möglichkeit der einseitigen Einziehung durch die Gesellschaft dadurch auch nicht tangiert wird.⁹⁸²

Dennoch ist die Frage zu stellen, ob dies in dieser Allgemeinheit wirklich zutreffend ist. Dagegen könnte sprechen, dass ansonsten die Rechte des dinglich berechtigten Dritten problemlos durch eine Umgehung einer freiwilligen Einziehung ausgehebelt werden könnten, indem der einer freiwilligen Einziehung entgegenstehende Wille des Dritten durch die Einführung einer Zwangseinziehung im Wege der Satzungsänderung und daran anschließender Durchführung gegen den Willen des Dritten umgangen wird. Es wird daher vielfach vertreten, die Einziehung könne nur dann unabhängig vom Willen des Gläubigers erfolgen, wenn dessen dingliche Berechtigung erst entstanden ist, nachdem wirksam die Zulässigkeit der Zwangseinziehung in der Satzung verankert wurde. Er habe seine Berechtigung in diesem Fall dann sozusagen bereits mit der Zwangseinziehungsbefugnis der Gesellschaft belastet erhalten. Ansonsten würde derjenige, der bereits vor Einführung der Zwangseinziehung dinglich berechtigt war, demjenigen, der seine Berechtigung erst nach Einführung erlangt, ungerechtfertigt gleichgestellt, ohne eine Art „Bestandsschutz“ für seine Position zu genießen.⁹⁸³ Im Kern geht es darum, ob die Zustimmung des Gesellschafters als Vollstreckungsschuldner zur nachträglichen Satzungsänderung zumindest verfügungsähnlichen Charakter hat, was eine entsprechende Anwendung der Gläubigerschutzbestimmungen rechtfertigen könnte. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob die für die Einführung der Zwangseinziehung erforderliche Satzungsänderung wegen der Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters nicht zu einer Situation führt, die derjenigen einer Zustimmung zur freiwilligen Einziehung vergleichbar ist.

Dem ist jedoch nicht so. Vielmehr besteht unabhängig vom Zeitpunkt der satzungsrechtlichen Verankerung im Falle der Zwangseinziehung kein Anknüpfungspunkt für ein entsprechendes Zustimmungserfordernis entsprechend §§ 1071 I, 1276 I BGB, 857 I, 829 I 2 ZPO. Die Situation kann nicht mit der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters im Rahmen der freiwilligen Einziehung verglichen werden. Denn bei der durch Beschluss erfolgenden Satzungsänderung handelt es sich im Gegensatz zur Zustimmung hinsichtlich eines konkreten Einziehungsgrundes um eine verbandsautonome Willensbildung innerhalb der Gesellschaft. Diese ist dem Einflussbereich Dritter und somit auch dinglich berechtigter Gesellschaftergläubiger entzogen.⁹⁸⁴ Die Satzungsänderung ist der Einziehung vorgelagert und greift somit noch nicht unmittelbar in die Gläubigerrechte ein, wie dies für die Annahme einer Verfügung erforderlich ist. Das Zustimmungserfordernis kann sich nur auf die Stimmabgabe des Gesellschafters beziehen, nicht dagegen auf den Gesellschafterbeschluss als solchen. Es besteht zwar für den jeweiligen Gesellschafter die Verpflichtung, nicht ohne Einverständnis seines Pfändungsgläubigers zuzustimmen. Doch ist davon nur das Innenverhältnis zwischen beiden betroffen. Die Wirksamkeit des Beschlusses ist nicht von der Zustimmung des Gläubigers abhängig.⁹⁸⁵ Es kann auch nicht von einer Umgehung der Mitspracherechte der dinglich Berechtigten gesprochen werden. Ansonsten würde letztlich den Gesellschaftergläubigern eine Art Letztentscheidungskompetenz in Bezug auf die Vertragsgestaltung der GmbH gewährt, die nicht gerechtfertigt ist, zumal der Gläubiger aufgrund der Fortsetzung seiner Berechtigung am Surrogat nicht rechtlos gestellt ist.

Eine entsprechende Einziehungsklausel stellt auch keine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 137 BGB dar, die nach §§ 857, 851 II ZPO dem Gläubiger gegenüber unwirksam wäre. Eine Verfügungsbeschränkung setzt schon begrifflich voraus, dass der Geschäftsanteil unverändert in der Hand des Gesellschafters verbleibt. Die Einziehung führt jedoch zu dessen Untergang.⁹⁸⁶

Es spielt daher für das Erlöschen der Drittrechte keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt die satzungsrechtliche Ermächtigung zur Einziehung erfolgte.⁹⁸⁷

⁹⁸² Scholz-Winter, § 15 Rn. 174, 182. Anders dagegen noch Winter, GmbHR 1967, 201, 204 ff., der zum damaligen Zeitpunkt sogar eine der Pfändung bereits bestehenden Einziehungsregelung für unzulässig hielt: Es handele sich dabei um eine im Gesellschaftsvertrag vorweggenommene nach §§ 135, 136 BGB unzulässige Verfügung des Vollstreckungsschuldners über den Pfandgegenstand, die nur dann wirksam sei, wenn das satzungsmäßig bestimmte Entgelt zur Befriedigung des Gläubigers ausreiche oder, wenn dies nicht zutreffe, zumindest dem Verkehrswert des Geschäftsanteils entspreche. Dagegen explizit BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 25.

⁹⁸³ LG Gießen, Beschluss vom 27.9.1984, MDR 1986, 155 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22 (genauer S. 25); Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 40; Gottwald, Zwangsvollstreckung, § 857 Rn. 25; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 14; Niemeier, Einziehung, S. 195; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 48; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 58; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 35; vgl. auch Schuler, NJW 1961, 2281, 2282.

⁹⁸⁴ Niemeier, Einziehung, S. 194.

⁹⁸⁵ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 7 i.V.m. Baumbach/Hueck-Zöllner, § 53 Rn. 22 a; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 8; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 33. Mangels Verfügung besteht somit für den dinglich Berechtigten auch nicht die Möglichkeit, die Zustimmung nach §§ 935 ff. ZPO i.V.m. §§ 135, 136 BGB zu verhindern, MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 8.

⁹⁸⁶ BGH; Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 25.

⁹⁸⁷ Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 114.

(f) Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung

(aa) Zuständigkeit

Die Einziehung setzt grundsätzlich einen Willensbildungsprozess des nach Gesetz oder Satzung zuständigen Gesellschaftsorgans voraus, der mit dem Willen zur Anteilsvernichtung endet. Soweit in der Satzung keine abweichende Regelung getroffen wird, obliegt die Entscheidung nach § 46 Nr. 4 GmbHG der Gesellschafterversammlung. Anerkannt ist auch die Möglichkeit, die Entscheidung auf ein anderes Organ der Gesellschaft zu übertragen, § 45 II GmbHG. Zu denken ist an einen Beirat, Aufsichtsrat, Gesellschafterausschuss, aber auch etwa an ein Schiedsgericht, das dann insoweit als Gesellschaftsorgan tätig wird⁹⁸⁸ sowie an die Übertragung auf die Geschäftsführer.⁹⁸⁹ In der beteiligungs- und personenidentischen GmbH & Co. KG entspricht aber gerade die nach dem Gesetz bestehende Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung dem Interesse der Gesellschafter, da in einer personalistisch strukturierten Gesellschaft die Gesellschafter selbst die Geschicke der Gesellschaft bestimmen wollen.

(bb) Zulässigkeit einer statutarischen Einziehung

Fraglich ist, ob in der Satzung ein Automatismus vorgesehen werden kann, der bei Vorliegen des Zwangseinziehungsgrundes die Einziehung zur Folge hat, ohne dass zusätzlich eine entsprechende Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung erforderlich ist. Die Zulässigkeit dieser statutarischen Einziehung ist äußerst umstritten.⁹⁹⁰ Es hat sich zu dieser Problematik noch keine gefestigte Rechtsprechung gebildet.⁹⁹¹ In der Literatur wird die Zulässigkeit der statutarischen Einziehung weitgehend abgelehnt.⁹⁹² Dieser herrschenden Meinung ist grundsätzlich zu folgen. Zwar ist den Befürwortern einer automatischen Einziehungsregelung insoweit beizupflichten, als formale Aspekte einer entsprechenden Regelung jedenfalls nicht zwingend entgegengehalten werden können, weil sie nicht stichhaltig genug sind.

Zum einen kann die statutarische Einziehung nicht mit dem Argument abgelehnt werden, dass die Einziehung nicht in der Satzung vorweggenommen werden kann, weil die Einziehung ein einseitiger Rechtsakt sei, die Satzung aber vertraglichen Charakter habe.⁹⁹³ Dem steht schon entgegen, dass auch der Einziehungsbeschluss, wie etwa im Falle der freiwilligen Einziehung aufgrund der erforderlichen Zustimmung, vertragliche Elemente enthalten kann. Zudem besteht die Möglichkeit, die Satzung durch Beschluss zu ändern, so dass beide nicht unvereinbar sind, insbesondere das Wesen der Einziehung als gestaltender Rechtsakt gewahrt bleibt.⁹⁹⁴

⁹⁸⁸ Es handelt sich dann gerade nicht um das Rechtsprechungsorgan Schiedsgericht im Rechtssinne der §§ 1025 ff. ZPO, Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 14. Die Bezeichnung als Schiedsinstanz dürfte daher die Tätigkeit wohl besser charakterisieren, vgl. Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 97; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 110.

⁹⁸⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1965, BGHZ 43, 261, 265; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 43; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 12; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 46; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 8; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 96; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 49, 110; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 39. Einschränkung dagegen LG Heilbronn, Urteil vom 21.12.1993, GmbHR 1994, 322: nur in GmbHs mit genossenschaftsähnlichem Charakter bzw. bei Vergleichbarkeit mit einem genossenschaftsähnlichen wirtschaftlichen Verein i.S. des § 22 BGB. Einengend im Hinblick auf die Übertragung auf die Geschäftsführer Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 14 f.; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 12; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 46 Rn. 62 f. sowie bezogen auf einen Ausschlussbeschluss Barz, Beendigung, S. 132. Weitergehend wird auch eine Übertragung der Zuständigkeit auf einzelne Gesellschafter von einigen Autoren jedenfalls dann anerkannt, wenn die Einziehungsgründe derart spezifiziert sind, dass eine willkürliche Einziehung ausgeschlossen ist, vgl. Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 110; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 97. Äußerst strittig ist dagegen die Übertragung auf sonstige Dritte, die nicht bereits Organmitglied oder Gesellschafter sind, vgl. dafür: Lutter/Hommelhoff, § 46 Rn. 1; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 97; dagegen MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 13; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 15; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 110.

Eine Abweichung von § 46 Nr. 4 GmbHG dagegen völlig ablehnend Rohleder, Übertragbarkeit von Kompetenzen, S. 52; Voormann, Der Beirat, S. 105.

⁹⁹⁰ Vgl. zum Begriff Niemeier, Einziehung, S. 333; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 92; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 46: üblich auch automatische Einziehung, Einziehung ipso iure. Für eine solche Vertragsgestaltung bestehen wichtige Anwendungsfälle. Relevant wird diese Einziehung ipso iure neben dem Fall der Pfändung (vgl. Niemeier, Einziehung, S. 347) und Insolvenz vor allem auch im Erbrecht, wenn verhindert werden soll, dass der Geschäftsanteil den Erben überhaupt anfällt, indem die Einziehung aufschiebend befristet auf den Tod des Gesellschafters in der Satzung vereinbart wird, Däubler, Vererbung, S. 117 ff.; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 92; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 111; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 46. Zum anderen generell, um bei Doppelgesellschaften wie der GmbH & Co. KG die Beteiligungsentität dadurch zu gewährleisten, dass das Ausscheiden aus der KG automatisch auch zum Ausscheiden aus der GmbH führt, vgl. Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 92; Treeck, Doppelgesellschaft, S. 58 ff.; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 111; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 46.

⁹⁹¹ Offen gelassen in BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81 f.; OLG Hamm, Urteil vom 16.11.1987, GmbHR 1988, 308, 309; vgl. auch OLG Oldenburg, Urteil vom 23.1.1952, BB 1952, 560.

⁹⁹² Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 43; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 12, § 34 Rn. 14; Käßler, ZGR 1978, 542, 571; Leßmann, GmbHR 1986, 409, 410 f.; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 2, § 34 Rn. 8; Paulick, GmbHR 1978, 121, 122 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 16; Soufleros, Ausschluss, S. 9; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 79; Scholz-Winter, § 15 Rn. 21; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 6. A. A. und für die Zulässigkeit dagegen Däubler, Vererbung, S. 117 ff.; Finger, GmbHR 1975, 97, 98 f.; Grunewald, Ausschluss, S. 203 f.; Niemeier, Einziehung, S. 345 ff.; Treeck, Doppelgesellschaft, S. 57 ff.; a. A. wohl auch Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 246, wobei die dort in Fn. 807 gefundenen Zitate sich nicht mit der statutarischen Einziehung befassen.

⁹⁹³ Scholz, § 34 Rn. 8. Ein guter Überblick über die Argumente für und wider die statutarische Einziehung findet sich bei Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 218 ff.; Niemeier, Einziehung, S. 333 ff.; vgl. auch Däubler, Vererbung, S. 118 ff.; Treeck, Doppelgesellschaft, S. 58 ff.

⁹⁹⁴ Dafür spricht auch die Tatsache, dass die Satzung auch unechte Satzungsbestandteile (vgl. unten Fn. 1366) enthalten kann, vgl. Däubler, Vererbung, S. 119; Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 219; Niemeier, Einziehung, S. 339; Treeck, Doppelgesellschaft, S. 59.

Die Ermächtigung zur Einziehung und der Einziehungsbeschluss müssen auch nicht notwendig getrennt erfolgen. Dies mag zwar die Regel sein, doch ist dies nicht zwingend, da die Bestimmungen der §§ 34, 46 Nr. 4 GmbHG bereits das Ob der Einziehung der Satzungsautonomie unterstellen, so dass a maiore ad minus für die ungleich geringere Frage des Wie der Einziehung, also des Verfahrens, nichts anderes gelten kann.⁹⁹⁵

Es kann auch die Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit von Gestaltungsakten ins Feld geführt werden. Zwar stellt sich die statutarische Einziehung als aufschiebend bedingte bzw. – für den Fall der Einziehung auf den Todesfall⁹⁹⁶ – als auf ein zeitlich ungewisses Ereignis aufschiebend befristete Ausübung des Einziehungsrechts dar. Doch ist der Grundsatz der Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit nicht unumstößlich, sondern bedarf vielmehr differenzierter Anwendung.⁹⁹⁷ Daraus kann somit ebenfalls kein schlagkräftiges Argument abgeleitet werden.⁹⁹⁸

Die Vereinbarung eines Automatismus in der Satzung kann aber aus materiellen Gesichtspunkten nicht befürwortet werden. Zwar kann dies wohl noch nicht mit der Gefahr der Entstehung einer Keimmann-GmbH begründet werden,⁹⁹⁹ da diese Problematik über den Weg der Gesellschaftsauflösung mit eventuellem Fortsetzungsbeschluss gelöst werden kann.¹⁰⁰⁰ Vor allem handelt es sich dabei um ein eher theoretisches Problem.¹⁰⁰¹ Auch Aspekte der Rechtssicherheit sprechen zwar gegen einen Automatismus, insbesondere, wenn auf offene Einziehungsgründe (Pflichtverletzung, wichtiger Grund) abgestellt wird.¹⁰⁰² Dem kann jedoch dadurch begegnet werden, dass der Automatismus ausschließlich an eindeutige Kriterien geknüpft wird, die nicht durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verwässert werden.¹⁰⁰³

Entscheidend gegen die Zulässigkeit spricht jedoch die Tatsache, dass die Einziehung aufgrund der schwerwiegenden Folgen für den betroffenen Gesellschafter sowie Gesellschaft und Mitgesellschafter – Änderung der Mehrheitsverhältnisse, Belastung des Gesellschaftsvermögens mit der Abfindungszahlung – einer Einzelfallentscheidung zugänglich sein muss, so dass es die Gesellschafter in der Hand haben müssen und auch wollen, über das Ob der Einziehung zu entscheiden.¹⁰⁰⁴ Ein Blick auf die Kapitalerhaltungsbestimmungen verdeutlicht dies. Die §§ 34 III, 30 GmbHG bedürfen einer Entscheidung im Einzelfall, ob die Abfindungsverpflichtung aus dem, über das Stammkapital hinausgehenden Gesellschaftsvermögen erfüllt werden kann, um nicht die Nichtigkeitsfolge des § 241 Nr. 3 AktG analog auszulösen.¹⁰⁰⁵ Eine automatische Einziehung kann daher allenfalls dann überhaupt in Erwägung gezogen werden, wenn die Einziehung unentgeltlich erfolgt oder aber die Mitgesellschafter eine persönliche Zahlungsverpflichtung übernommen haben.¹⁰⁰⁶ Da diese Ausnahmen kaum jemals einschlägig sind, ist für die Praxis davon abzuraten, zumal auch die Registergerichte diese Lösung ablehnen und darüber hinaus den Gesellschaftern auch daran gelegen ist, im Einzelfall eine Entscheidung treffen zu können.¹⁰⁰⁷

⁹⁹⁵ *Däubler*, Vererbung, S. 119, der allerdings insoweit falsch liegt, als er einen Gesellschafterbeschluss generell nicht für zwingend hält; dem steht schon entgegen, dass die Satzungsautonomie nur ermöglicht, die Beschlusskompetenz abweichend von § 46 GmbHG zu regeln, vgl. *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 219, Fn. 23; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 96; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 110; *Niemeier*, Einziehung, S. 340 f.; *Treack*, Doppelgesellschaft, S. 59; a. A. *Leßmann*, GmbHR 1986, 409, 410 f.; *Paulick*, GmbHR 1978, 121, 122 f.

⁹⁹⁶ Vgl. schon oben Fn. 990.

⁹⁹⁷ Vgl. *MünchKomm-Westermann*, § 158 Rn. 33.

⁹⁹⁸ *Däubler*, Vererbung, S. 121 argumentiert damit, dass ein Verstoß ausscheide, wenn der Betroffene mit der Bedingung oder Befristung einverstanden ist, ebenso *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung; *Niemeier*, Einziehung, S. 343 ff.; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 47; auch *Treack*, Doppelgesellschaft, S. 59 f., der auf eine Rechtsbedingung bzw. das Einverständnis des betroffenen Gesellschafters abstellt; a. A. *Leßmann*, GmbHR 1986, 411.

⁹⁹⁹ So aber *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 14. Vgl. zum Begriff der Keimmann-GmbH, mit dem die Situation umschrieben wird, dass die Gesellschaft sämtliche Anteile erworben hat, so dass keine weitere Person mehr als Gesellschafter vorhanden ist, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 33 Rn. 14; *Michalski-Sosnitza*, § 33 Rn. 53; dies ist aber wohl zu ungenau, da im Falle der Einziehung der Geschäftsanteil völlig untergeht. Wenn die GmbH nicht schon vorher eigene Anteile erworben hat, so ist Folge der Einziehung des letzten Gesellschaftsanteils die Entstehung einer anteilslosen Gesellschaft im Gegensatz zu einer sonst entstehenden lediglich gesellschafterlosen Gesellschaft; für diese Differenzierung insbesondere *Paulick*, S. 7 und ihm folgend *Oldenburg*, S. 35 f. sowie *Scholz-Westermann*, § 33 Rn. 44. Es stellt sich dann in der Tat die Frage, inwieweit die Zulässigkeit für den Fall der anteilslosen Gesellschaft nicht schon damit abgelehnt werden kann, dass eine solche undenkbar ist, da bei ihr die Willensbildung weder möglich noch jemals wiederherstellbar ist, vgl. *Scholz-Westermann*, § 33 Rn. 44; ausführlich hierzu, insbesondere auch zu den Konsequenzen für die Einziehung *Oldenburg*, S. 66 ff.; *Paulick*, S. 75 ff. Vor diesem Hintergrund ist daher die Ablehnung der statutarischen Einziehung wegen der Gefahr der Entstehung einer Keimmann-GmbH durch *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 14 durchaus nachvollziehbar. Die Literatur differenziert meist nicht zwischen beiden Fällen, vgl. *Hachenburg-Hohner*, § 33 Rn. 85 ff.; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 26 i.V.m. § 33 Rn. 54.

¹⁰⁰⁰ *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 93 i.V.m. Rn. 26, § 33 Rn. 54 i.V.m. *Michalski-Nerlich*; § 60 Rn. 25. Vgl. zur Problematik der Gesellschaftsfortsetzung ausführlich *Fichtelmann*, GmbHR 2003, 67 ff.

¹⁰⁰¹ *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 33 Rn. 14.

¹⁰⁰² *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 12; *Käppler*, ZGR 1978, 542, 571; *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 79.

¹⁰⁰³ *Niemeier*, Einziehung, S. 345 ff.; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 93; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 113.

¹⁰⁰⁴ *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 93.

¹⁰⁰⁵ Zur analogen Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG auf die GmbH vgl. BGH, Urteil vom 17.2.1997, GmbHR 1997, 655, 656, m.w.N. auf die frühere Rechtsprechung; *Michalski-Römermann*, Anh. § 47 Rn. 118 f.; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 19, 24. Vgl. genauer hierzu unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(aa), S. 113.

¹⁰⁰⁶ *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 224 f.; *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 14; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 93; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 113; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 47; vgl. zur Möglichkeit der unentgeltlichen Einziehung unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. 110; für die generelle Unzulässigkeit dagegen die Autoren oben Fn. 992.

¹⁰⁰⁷ *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 14; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 93; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 46. Vgl. im Hinblick auf den Willen der Gesellschafter zu einer Entscheidung im Einzelfall durch Gesellschaftsbeschluss unten 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125. Für den Fall einer unzulässigen automatischen Einziehung ist allerdings an die Möglichkeit der Umdeutung in eine Ermächtigung der Gesellschafterversammlung zur Zwangseinziehung nach § 34 II GmbHG zu denken, vgl. *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 14; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 113; nach *Niemeier*, Einziehung, S. 347, vor allem Fn. 84 kommt es auf die Frage der Umdeutung nicht an, da die Ermächtigungsklausel als Minus in der Einziehung ipso iure enthalten ist, mithin schon die Auslegung zu diesem Ergebnis führt.

(cc) Mehrheitserfordernisse

Da Vorschriften, die für diesen Fall eine qualifizierte Mehrheit vorsehen,¹⁰⁰⁸ nicht gegeben sind, reicht für die Beschlussfassung grundsätzlich die einfache Mehrheit nach § 47 I GmbHG, wenn nicht in der Satzung eine abweichende Regelung getroffen wird, § 45 II GmbHG.¹⁰⁰⁹ Die einfache Mehrheit scheint zwar im Hinblick auf die Bedeutung der Entscheidung für den einzelnen Gesellschafter und auch seine Mitgesellschafter auf den ersten Blick bedenklich. Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass eine ausreichende Sicherheit und Gewährleistung des Minderheitenschutzes über die strengen Anforderungen an die Einziehungsvoraussetzungen gewährleistet sind.¹⁰¹⁰ Die einfache Mehrheit nach dem Gesetz ist daher beizubehalten.

(dd) Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters

Äußerst problematisch ist, inwieweit der auszuschließende Gesellschafter an der Beschlussfassung, betreffend die Einziehung seines Geschäftsanteils, mitwirken darf. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, dass die Beschlussfassung über die Einziehung wie kaum ein anderer Beschlussgegenstand für den betroffenen Gesellschafter durch eine Kollision privater und gesellschaftlicher Interessen geprägt ist.¹⁰¹¹ Maßgeblich für die Beurteilung im Falle der freiwilligen Einziehung ist, ob es sich um eine „Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ... gegenüber einem Gesellschafter betrifft“ im Sinne des § 47 IV 2 1. Alt. GmbHG handelt. Für den Fall der freiwilligen Einziehung wird von der wohl noch herrschenden Meinung generell ein Ausschluss des Stimmrechts nach § 47 IV GmbHG abgelehnt, weil es sich dabei um einen Sozialakt handelt, bei dem die Interessen des betroffenen Gesellschafters auf Teilnahme am Willensbildungsprozess höher zu gewichten sind als der Kollisionsschutz. Mangels individualrechtlichem Charakter der Beschlussfassung sei daher kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 47 IV 2 1. Alt. GmbHG gegeben. Der betroffene Gesellschafter sei zudem auch kein Richter in eigener Sache.¹⁰¹²

Für den Fall der Zwangseinziehung wird dagegen von der überwiegenden Meinung dann ein Stimmrechtsausschluss nach § 47 IV GmbHG bejaht, wenn Anlass der Einziehung ein wichtiger, in der Person des Anteilshabers liegender Grund ist. Man kann allerdings nicht direkt auf § 47 IV GmbHG abstellen, da der unmittelbare Anwendungsbereich nicht eröffnet ist. Es geht nicht um die Befreiung von einer Verbindlichkeit.¹⁰¹³ Gegenstand der Beschlussfassung ist auch nicht die Einleitung eines Rechtsstreits. Auch wenn hier ein Unterschied zwischen individualrechtlichen und sozialrechtlichen Streitigkeiten nicht gemacht wird,¹⁰¹⁴ so setzt die Einziehung jedenfalls keine Gestaltungsklage voraus.¹⁰¹⁵

¹⁰⁰⁸ Vgl. zu qualifizierten Mehrheiten oben Fn. 88.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 14; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 98; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 49; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 39.

¹⁰¹⁰ Niemeier, Einziehung, S. 240; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 39; vgl. dagegen für die Beschlussfassung betreffend die Zwangsabtretung unten 2. Kapitel: V.1.b)ff(2)(b), S. 127.

¹⁰¹¹ Während die Rechtsstellung der Mitgesellschafter lediglich tangiert wird, geht es für den betroffenen Gesellschafter um den Verlust seiner mitgliedschaftlichen Stellung, Niemeier, Einziehung, S. 242.

¹⁰¹² Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 44; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 12; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 14; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 138; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 40; auch Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 19 sowie Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 46, sehen nur für den Fall der Zwangseinziehung einen Anhaltspunkt für § 47 IV GmbHG. Vgl. zur Abgrenzung des nach überwiegender Meinung für die Anwendung des § 47 IV 2 1. Alt. GmbHG erforderlichen individualrechtlichen Geschäfts im Gegensatz zum Sozialakt oder korporativen Geschäft Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 110 m.w.N.

Eine im Vordringen begriffene Meinung hält dem entgegen, es handele sich um ein Rechtsgeschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Sinne des § 47 IV 2 GmbHG, da der Gesellschafter gerade Sonderinteressen verfolgt, die sich unmittelbar vermögensschädigend auf die Gesellschaft auswirken. Es gehe daher nicht um eine innergesellschaftliche Angelegenheit, die § 47 IV 2 GmbHG entgegenstehe, sondern die Situation sei vergleichbar mit dem Erwerb seines Anteils durch die Gesellschaft nach § 33 GmbHG, für den der Stimmrechtsausschluss anerkannt ist (Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 99 i.V.m. § 33 Rn. 24; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 51), weil es sich gerade um ein Rechtsgeschäft zwischen Gesellschafter und der Gesellschaft handele. Von den sonst in diesen Zusammenhang einzuordnenden Drittgeschäften, in denen der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber steht, unterscheiden sich diese Fälle nur graduell durch eine noch stärkere Vermögensgefährdung der Gesellschaft. Es müsse die Gefahr einer Selbstbedienung im Hinblick auf das nicht nach § 30 GmbHG gebundene Vermögen durch einen Mehrheitsgesellschafter verhindert werden, da es bei der freiwilligen Einziehung letztlich darum geht, seinen Geschäftsanteil zu versilbern, vgl. Niemeier, Einziehung, S. 253; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 99; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 51. Die Interessen der Minderheit würden durch die Möglichkeit, im Einzelfall ein treuwidriges Verhalten des Gesellschafters geltend zu machen, nicht ausreichend berücksichtigt, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 99. Vgl. zur Problematik des Richters in eigener Sache sogleich im Rahmen der zwangsweisen Einziehung.

¹⁰¹³ Zwar führt die Einziehung letztlich auch dazu, dass zwar nicht Einlagepflichten, jedoch sonstige, aus dem Geschäftsanteil resultierende Pflichten wie Nebenleistungspflichten oder die Pflicht zur Erbringung künftiger Nachschüsse entfallen, vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(4), S. 120. Jedoch ist das Erfordernis des individualrechtlichen Charakters zu beachten. Zwar bezieht sich dieses nur auf das schuldbefreiende Geschäft selbst, so dass auch gesellschaftsvertragliche Pflichten unter § 47 IV GmbHG fallen können, vgl. Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 123 m.w.N. Doch ist hier gerade die interne Beschlussfassung betroffen, nicht die Aufhebung der Pflichten, sondern die Vernichtung der gesamten Mitgliedschaft, vgl. Niemeier, Einziehung, S. 255 (der allerdings auf das Problem der schon fehlenden Individualrechtlichkeit nicht eingeht).

¹⁰¹⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 178 für die Ausschließungsklage; Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 9/90, WM 1990, 1618, 1619; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 75; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 294; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 127; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 61; a. A. nur OLG München, Urteil vom 25.10.1989, BB 1990, 367, 368.

¹⁰¹⁵ Niemeier, Einziehung, S. 255. Einigkeit besteht dahingehend, dass jedenfalls irgendein prozessualer Bezug gegeben sein muss. Die bloße Möglichkeit, dass sich aus der Beschlussfassung ein Rechtsstreit entwickeln könnte, reicht nicht aus. Dies gilt selbst dann nicht, wenn dieser aufgrund vorausgegangenen anwaltlichen Schriftverkehrs zu erwarten ist, Niemeier, Einziehung, S. 255; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 307; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 131. Vgl. zur Frage, inwieweit die Einleitung eines Rechtsstreits auch Vorbereitungshand-

Weil gerade im Falle der Zwangseinziehung eine Befangenheit des betroffenen Gesellschafters augenscheinlich ist, spricht viel für ein Stimmrechtsverbot. Ausgangspunkt für einen Stimmrechtsausschluss muss die Überlegung sein, dass der Gesellschafter kein Richter in eigener Sache sein kann. Es handelt sich dabei um kein außergesetzliches Stimmverbot, sondern es lässt sich vielmehr anhand der Alternativen der Entlastung im Sinne des § 47 IV 1 1. Alt. GmbHG sowie der innergesellschaftliche Rechtsverfolgung, § 47 IV 2 2. Alt. GmbHG, konkretisieren. Das Verbot des Richtens in eigener Sache kann diesen Alternativen als allgemeiner Grundgedanke entnommen werden.¹⁰¹⁶ Ein Abstellen auf diesen Grundgedanken darf jedoch nicht zu dem Ergebnis führen, dass all diejenigen Fälle einem Stimmrechtsverbot unterworfen werden, in denen das Eigeninteresse des Gesellschafters als Betroffener am Beschlussgegenstand dasjenige der Mitgesellschafter überwiegt.¹⁰¹⁷ Maßgeblich ist vielmehr, Fälle zu erfassen, die zwar nicht die Tatbestandsmerkmale des § 47 IV GmbHG erfüllen, dennoch aber von derartigen Interessengegensätzen seitens Gesellschaft und betroffenem Gesellschafter geprägt sind, dass die Ablehnung eines Stimmverbots § 47 IV GmbHG sinnentleeren würde, was letztlich auch einen Wertungswiderspruch zu den personengesellschaftsrechtlichen Verboten der §§ 117, 127, 140 HGB bedeuten würde.¹⁰¹⁸ Nach der überwiegenden Meinung verlangt der Grundsatz des Verbots des Richtens in eigener Angelegenheit wegen vorstehender Überlegungen daher jedenfalls dann einen Stimmrechtsausschluss, wenn ein wichtiger, in der Person des Gesellschafters liegender Grund gegeben ist.¹⁰¹⁹

Strittig ist dagegen die Behandlung von sonstigen, in der Person des Gesellschafters angelegten Gründen, die nicht die Annahme eines wichtigen Grundes rechtfertigen. Hier wird vielfach ein Ausschluss des Stimmrechts wegen des sozialrechtlichen Charakters der Beschlussfassung abgelehnt.¹⁰²⁰ Dem steht jedoch eine von namhaften Autoren vertretene weitergehende Auffassung gegenüber, die auch sonstige, in der Person des Gesellschafters liegende Gründe ausreichen lässt.¹⁰²¹ Die Frage könnte letztlich offen bleiben, wenn es sich bei der Pfändung des Gesellschaftsanteils um einen wichtigen Grund handeln würde, der nach allen Auffassungen ein Stimmverbot rechtfertigt. Doch besteht auch diesbezüglich Uneinigkeit.¹⁰²² Es spricht allerdings viel für die Einordnung als wichtigen Grund, wenn man auf die Definition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs näher eingeht. Insoweit kann durchaus auf § 207 I 2 RegE GmbHG 1971/73 zurückgegriffen werden:¹⁰²³

Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn der Gesellschafter durch seine Person oder durch sein Verhalten die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich macht oder erheblich gefährdet oder wenn

lungen erfasst: Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 75; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 300 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 129; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 61 mit jeweils weiteren Nachweisen.

¹⁰¹⁶ BGH, Urteil vom 20.1.1986, BGHZ 97, 28, 33 m.w.N.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 51; Niemeier, Einziehung, S. 255 ff.; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 75 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 132; nach a. A. ist dagegen jedenfalls das alleinige Abstellen auf das Verbot des Richtens in eigener Sache verfehlt. Auch nach dieser Auffassung hat allerdings die Vorschrift des § 47 IV GmbHG keinen abschließenden Charakter, sondern sei im Einzelfall einer Analogie und insbesondere einer weiten Auslegung zugänglich, vgl. Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 44; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 44.

¹⁰¹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 24.1.1974, WM 1974, 372, 374; anders aber wohl Roth/Altmeppen-Roth, § 47 Rn. 49, 51 f.

¹⁰¹⁸ BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 109; Urteil vom 20.1.1986, BGHZ 97, 28, 33 m.w.N.; Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 9/90, WM 1990, 1618, 1619; OLG Hamm, Urteil vom 29.6.1992, GmbHR 1992, 802; Niemeier, Einziehung, S. 256 f.; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 81.

¹⁰¹⁹ RG, Urteil vom 25.10.1932, RGZ 138, 98, 104; Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers; BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81, 82; Urteil vom 20.12.1982, BGHZ 86, 177, 178 f.; Abberufung eines Gesellschaftergeschäftsführers; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.1989, GmbHR 1989, 466, 467 für den Ausschluss; OLG Celle, Urteil vom 6.8.1997, GmbHR 1998, 140 141; OLG Thüringen, Urteil vom 6.11.2001, GmbHR 2002, 115, 116; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 44 (analoge Anwendung des § 47 IV GmbHG), vgl. schon oben Fn. 1016; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 77; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 19; Niemeier, Einziehung, S. 255 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 14; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 138; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 100; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 52; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 40; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 56 (Auslegung), vgl. schon oben Fn. 1016.

¹⁰²⁰ BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81, 82, letztlich aber offen lassend, weil satzungsrechtliches Stimmverbot; OLG Celle, Urteil vom 6.8.1997, GmbHR 1998, 140, 141; OLG Thüringen, Urteil vom 6.11.2001, GmbHR 2002, 115, 116; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 19; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 138; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 52 (er zweifelt ein Stimmverbot in diesen Fällen zumindest an); Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 56.

¹⁰²¹ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 44; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 12; vor allem auch Niemeier, Einziehung, S. 258 ff, insbes. 261; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 14; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 40.

¹⁰²² Für die Annahme eines sonstigen, in der Person des Gesellschafters liegenden Grundes: Niemeier, Einziehung, S. 258 ff.; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 100; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 52. Für die Einordnung als wichtigen Grund dagegen: OLG Hamm, Urteil vom 11.2.1999, NZG 1999, 599; OLG Thüringen, Urteil vom 6.11.2001, GmbHR 2002, 115, 116, das einen besonderen Fall des wichtigen Grundes annimmt: Die Berufung auf das Urteil des BGH vom 12.10.1992, GmbHR 1992, 801 geht allerdings fehl, da sich der BGH in diesem nur mit der Frage der Anfechtungsfrist und nicht mit dem Stimmrecht beschäftigt, worauf Löffler, GmbHR 2002, 117 in seiner Anmerkung richtig hinweist, der aber dennoch der Entscheidung beipflichtet und sich vor allem auf Goette, DStR 1992, 1696, 1697 beruft, der in seiner Anmerkung zu obigem BGH-Urteil die Pfändung als besonderen Fall des wichtigen Grundes einordnet, weil ein derart betroffener Gesellschafter für die Gesellschaft künftig nicht mehr tragbar sei; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 138; wohl auch MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 12, dessen Zitate in Fn. 40 a allerdings gänzlich falsch eingeordnet sind, da Lutter/Hommelhoff und Zöllner an den angeführten Fundstellen nicht als Beleg herangezogen werden können und die Entscheidung des OLG Thüringen gerade anders einzuordnen ist, vgl. soeben.

¹⁰²³ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 65; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.2.b); Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 8; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 10, alle für den Ausschluss aus der Gesellschaft. Der Regierungsentwurf (BT-Drucks. 6/3088 = 7/253 – § 207 jeweils auf S. 57) hatte sich um eine umfassende Regelung der Ausschließung und des Austritts von Gesellschaftern aus wichtigem Grund bemüht. Der Entwurf scheiterte jedoch letztlich am Widerstand der Wirtschaft, der die Angleichung an das Recht der Aktiengesellschaft zu weit ging sowie an den Interessen der Gewerkschaften, denen die mitbestimmungsrechtlichen Bestandteile der Regelung unzureichend waren. Die § 207 – 211 RegE GmbHG 1971/73 sind jedoch nach wie vor Argumentationsgrundlage für viele Streitigkeiten, vgl. Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 7. Vgl. zur Frage des wichtigen Grundes auch BGH, Urteil vom 18.10.1965, WM 1966, 29, 31.

sonst die Person des Gesellschafters oder sein Verhalten sein Verbleiben in der Gesellschaft untragbar erscheinen lässt.

Der von der Pfändung betroffene Gesellschafter ist aufgrund der drohenden Gefahr, dass im Wege der Verwertung des Geschäftsanteils durch den Pfändungsgläubiger ein nicht gewünschter Dritter in die Gesellschaft eintritt, für die Gesellschaft künftig untragbar.¹⁰²⁴ Dies spricht für einen wichtigen Grund. Doch kann die genaue Einordnung der Pfändung letztlich offen bleiben, da auch für die Einordnung der Pfändung als sonstigen, in der Person des Gesellschafters liegenden Grund jedenfalls ein Wille der Parteien zum Ausschluss des Stimmrechts aus der satzungsrechtlichen Regelung des Zwangseinziehungsgrundes „Pfändung“ entnommen werden kann. Aus der Regelung des Einziehungsgrundes kann somit auf ein konkludentes Stimmverbot geschlossen werden. Andernfalls wäre die Einziehung des Geschäftsanteils eines Mehrheitsgesellschafters nur mit dessen Zustimmung möglich.¹⁰²⁵

Ist folglich bereits davon auszugehen, dass jedenfalls die Einordnung der Pfändung als Zwangseinziehungsgrund zu einem Stimmverbot für den betroffenen Gesellschafter führt, so ist aus Gründen der Rechtssicherheit dennoch eine ausdrückliche Aufnahme des Stimmrechtsausschlusses in die Satzung zu empfehlen. Diese Regelung hat allerdings nach der hier vertretenen Auffassung lediglich klarstellende, deklaratorische Funktion.¹⁰²⁶

Dem von der Pfändung betroffenen Gesellschafters bleibt jedoch ein Teilnahmerecht sowie das Recht, sich vor der Beschlussfassung zu äußern, wozu ihm Gelegenheit gegeben werden muss. Werden dem Gesellschafter diese Rechte nicht gewährt, so ist der Beschluss anfechtbar, weil ein Eingriff in das absolut unentziehbare Recht eines jeden Gesellschafters auf Anwesenheit während der Gesellschafterversammlung und Teilhabe an der Beratung vorliegt.¹⁰²⁷

(g) Das ultima ratio Prinzip

Strittig ist, ob die Einziehung auch dann in Betracht kommt, wenn mildere Mittel zur Verfügung stehen, die mit weniger einschneidenden Maßnahmen einen vergleichbaren Erfolg herbeiführen oder, ob die gesellschaftliche Treuepflicht in diesen Fällen einer Einziehung trotz satzungsrechtlicher Ermächtigung entgegensteht, weil die Einziehung ultima ratio ist. Anerkannt ist dies nur für die Ausschlussklage.¹⁰²⁸ In Betracht kommen als mildere Mittel etwa die Einschränkung oder der Entzug der Geschäftsführungsbefugnisse oder sonstigen Sonderrechte, die Teileinziehung eines Geschäftsanteils zur Beseitigung der Sperrminorität, die Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Treuhänder oder die Bestellung eines Pflegers (§§ 1911, 1960 BGB).¹⁰²⁹ Ein milderes Mittel scheidet

¹⁰²⁴ Vgl. *Goette*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.10.1992, DStR 1992, 1696, 1697. Für dieses Ergebnis kann auch das Urteil des BGH vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 28 f. angeführt werden. Der BGH stellt hier, zwar nicht im Zusammenhang des Stimmrechtsrechtsschlusses, aber dennoch fest, dass die Pfändung des Geschäftsanteils entweder ein wichtiger, die Ausschließung rechtfertigender Grund ist oder diesem jedenfalls sehr nahe liegt. Entgegen der Ansicht von *Löffler*, GmbHR 2002, 117 hat sich somit der BGH zwar noch nicht mit der Frage des Stimmrechtsausschlusses bei Pfändung beschäftigt, mit der Einordnung unter die Kategorie „wichtiger Grund“ jedoch indirekt auch die Marschroute für den Stimmrechtsausschluss festgelegt.

¹⁰²⁵ OLG Hamm, Urteil vom 11.2.1999, NZG 1999, 599; Michalski-*Sosnitzer*, § 34 Rn. 100; Hachenburg-*Ulmer*, § 34 Rn. 52; für den Fall einer entschädigungslosen Einziehung, die für den Fall des Erwerbs eines Geschäftsanteils durch ein Nicht-Familienmitglied zugelassen ist auch BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81, 82. Ein Stimmverbot folgt allerdings noch nicht allein daraus, dass die Einziehung nach der Satzung ohne die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich ist, da dies nur der gesetzlichen Regelung des § 34 GmbHG Rechnung trägt, BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1976, 81, 82; OLG Celle, Urteil vom 6.8.1997, GmbHR 1998, 140, 141; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 138. Etwas anderes gilt auch dann, wenn der Grund für die Zwangseinziehung in den Verhältnissen der Gesellschaft zu suchen ist; in diesem Fall sind alle Gesellschafter betroffen, so dass für einen Stimmrechtsausschluss kein Anlass besteht, dieser die Gesellschaft vielmehr lähmen würde, *Niemeier*, Einziehung, S. 263 f.; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 138; Michalski-*Sosnitzer*, § 34 Rn. 100; Hachenburg-*Ulmer*, § 34 Rn. 52.

¹⁰²⁶ Einer Vereinbarung eines Stimmverbots steht selbst für den Fall, dass hierfür eine Erweiterung des § 47 IV GmbHG erforderlich ist, nichts entgegen, BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81, 82; Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 147/83, BGHZ 92, 386, 395; Rowedder/Schmidt-*Leithoff-Koppensteiner*, § 47 Rn. 83; Michalski-*Römermann*, § 47 Rn. 332; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 172; Baumbach/Hueck-*Zöllner*, § 47 Rn. 73. Vgl. zu einer entsprechenden Regelung Münchener Vertragshandbuch I-*Heidenhain/Meister*, IV.19, § 14 V 3; *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, § 13 III i.V.m. der Erläuterung S. 121.

¹⁰²⁷ BGH, Urteil vom 12.7.1971, GmbHR 1971, 207; Urteil vom 28.1.1985, GmbHR 1985, 256, 257 für den Fall der Abberufung des Geschäftsführers; Beschluss vom 7.7.1997, DStR 1997, 1257 mit Anmerkung *Goette*, DStR 1997, 1257, 1259; OLG Dresden, Urteil vom 17.7.1996, GmbHR 1997, 946, 949; OLG München, Urteil vom 12.11.1997, DB 1998, 304 m.w.N.; *Gehrlein*, ZIP 1996, 1157, 1159 f.; Baumbach/Hueck-*Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 12; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 19; Roth/*Altmeyen-Roth*, § 34 Rn. 79; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 48 Rn. 12 m.w.N.; Michalski-*Sosnitzer*, § 34 Rn. 103; Baumbach/Hueck-*Zöllner*, § 48 Rn. 3. Vgl. zur Einordnung als absolut unentziehbares Recht ausführlich oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15 sowie Fn. 184.

¹⁰²⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 17.2.1955, BGHZ 16, 317, 322; Urteil vom 6.7.1961, BGHZ 35, 272, 283 f.; OLG Hamm, Urteil vom 8.7.1992, GmbHR 1993, 660, 662; Urteil vom 7.10.1992, GmbHR 1993, 743, 748; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.10.1998, GmbHR 1999, 543, 546; Roth/*Altmeyen-Altmeyen*, § 60 Rn. 44; Baumbach/Hueck-*Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 6; MünchHandbuchGmbH-*Kort*, § 29 Rn. 40; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 25; Rowedder/Schmidt-*Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 71; Michalski-*Sosnitzer*, Anh. § 34 Rn. 18; Hachenburg-*Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 15; *Volhard*, GmbHR 1995, 617, 618; Scholz-*Winter*, § 15 Rn. 136 jeweils mit weiteren Nachweisen; vgl. zur Ausschlussklage unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133. Den ultima ratio Grundsatz anzweifeln dagegen *Scheifele*, BB 1989, 792, 794 f.: er beruft sich darauf, dass der BGH in dem Urteil vom 25.4.1983, ZIP 1983, 1066, 1070 betreffend die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis einer Komplementär-GmbH in einer GmbH & Co. KG, den Grundsatz nicht angewandt habe. Dies ist allerdings so nicht richtig. Der BGH hat vielmehr an dem Grundsatz festgehalten, ihn aber im konkreten Fall als nicht verletzt angesehen und dann nur darüber hinaus klargestellt, dass dies auch interessengerecht ist. Von einem Abrücken kann daher keine Rede sein.

¹⁰²⁹ Vgl. Baumbach/Hueck-*Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 6; MünchHandbuchGmbH-*Kort*, § 29 Rn. 41; Rowedder/Schmidt-*Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 71; Michalski-*Sosnitzer*, Anh. § 34 Rn. 19; Hachenburg-*Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 15; f.; Scholz-*Winter*, § 15 Rn. 136, jeweils mit Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung.

det hier nicht schon deshalb aus, weil obige Maßnahmen hier nicht in Betracht kommen, da der aufgezählte Katalog nicht abschließend ist.¹⁰³⁰

Mit der Begründung, dass es sich bei der Zwangseinziehung – gleiches gilt für die Zwangsabtretung – eben um nichts anderes als um einen besonderen Fall des Gesellschafterausschlusses handelt, wird teilweise auch für diese Formen des Gesellschafterausschlusses für eine Anwendung des ultima ratio Grundsatzes plädiert.¹⁰³¹

Dem ist nicht zu folgen. Die die Einziehung beschließenden Gesellschafter sind ohnehin in ihrer Entscheidung nicht völlig frei, sondern vielmehr durch den Gleichbehandlungsgrundsatz, die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sowie das Institut der Verwirkung und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens beschränkt.¹⁰³² Zudem ist bei der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt einem unbestimmten satzungsrechtlichen Einziehungsgrund untergeordnet werden kann, eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Interessen erforderlich.¹⁰³³ Ein Abstellen auf den ultima ratio Grundsatz würde auf eine generelle Ermessensbindung der die Einziehung beschließenden Gesellschafter hinauslaufen. Sie müssten sich letztlich als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stets die Frage stellen, ob es ein milderes Mittel gibt, was in der GmbH als einer Gesellschaftsform, die grundsätzlich auf kapitalistische Beteiligung ausgerichtet ist, nicht gerechtfertigt ist.

Entscheidend gegen die Anwendung des Grundsatzes spricht auch, dass dessen Anforderungen im Rahmen der Ausschlussklage letztlich darauf zurückzuführen sind, dass es sich dabei um ein im GmbH-Recht gesetzlich nicht vorgesehenes, sondern von der Rechtsprechung entwickeltes Instrumentarium handelt, das nur als ultima ratio für verfahrenre Situation geschaffen wurde. Demgegenüber liegt im Falle der zwangsweisen Einziehung eine explizite Satzungsregelung vor, der sich die Gesellschafter bei Gründung oder Beitritt unterworfen haben. Der maßgebliche Unterschied liegt somit in der fehlenden satzungsrechtlichen Grundlage, so dass der Nichtgeltung des ultima ratio Gedankens im Falle der Einziehung auch nicht entgeggehalten werden kann, auch etwa die Ausschließungsklage nach § 140 HGB sei nur ultima ratio.¹⁰³⁴ Während also die Einziehung nicht ohne Mitwirkung des Gesellschafters möglich ist, setzt dies die Ausschlussklage gerade nicht voraus, und muss daher äußerstes Mittel sein.¹⁰³⁵ Für diese Argumentation spricht zudem, dass im Rahmen des Gesellschafterausschlusses die Geltung des ultima ratio Grundsatzes nur für den Fall der fehlenden statutarischen Regelung anerkannt ist. Demgegenüber wird dies für den Fall, dass der Ausschluss in der Satzung vorgesehen ist, kritisch betrachtet.¹⁰³⁶

Während die Ausschlussklage nur aus wichtigem Grund in Betracht kommt, dem bereits inhärent ist, dass die weitere Zusammenarbeit für die Mitgesellschafter unzumutbar sein muss, ist die Einziehung bereits bei einem sachlichen Grund zulässig.¹⁰³⁷ Es besteht bei den Entscheidungen, die als Beleg für die Geltung des ultima ratio Grundsatzes angeführt werden, meist der Verdacht, dass die strengen Anforderungen, die an einen wichtigen Grund zu stellen sind, mit dem ultima ratio Prinzip gleichgesetzt werden.¹⁰³⁸

Im Rahmen der Zwangseinziehung tragen bereits die strengen Anforderungen nach § 34 II GmbHG und die deshalb erforderliche genaue Festlegung der Einziehungsgründe dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinreichend Rechnung.

(2) Beschlussausführung: Gestaltungserklärung

Problematisch ist, ob die Beschlussfassung einer gestaltenden Erklärung bedarf, die erst die Rechtsfolgen der Einziehung auslöst. Der Streit rankt sich weniger um die Frage, ob es grundsätzlich einer Erklärung der Einziehung bedarf, als vielmehr darum, wer für die Erklärung zuständig ist, sowie wann sie entbehrlich ist.

Zwar lassen sich aus den Bestimmungen der §§ 34, 46 Nr. 4 GmbHG keine direkten Schlüsse auf das Erfordernis einer Einziehungserklärung ableiten, ebenso wenig wie aus den Gesetzesmaterialien.¹⁰³⁹ Dennoch ist das

¹⁰³⁰ Vgl. *Lutter*, GmbHR 1997, 1134, 1135.

¹⁰³¹ *Lutter*, GmbHR 1997, 1134, 1135; wohl auch *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 39, der auf *Lutter* verweist; die Instanzgerichte wenden diesen Grundsatz teilweise an, ohne aber eine Begründung dafür zu geben, vgl. nur OLG Celle, Urteil vom 6.8.1997, GmbHR 1998, 140, 142; OLG Rostock, Urteil vom 15.8.2001, NZG 2002, 294.

¹⁰³² BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81, 82; Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 373: Gleichbehandlungsgrundsatz; OLG München, Urteil vom 6.7.1984, ZIP 1984, 1349, 1350 f.: Treuepflicht; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.3.1998, NZG 1998, 595, 596 f.: Verwirkung nicht schon, wenn die Einziehung wegen Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters erst nach Ablauf von mehr als einem Jahr seit Verfahrenseröffnung erfolgt, mit Anmerkung *Eckhardt*, NZG 1998, 597 f.; OLG Celle, Urteil vom 31.7.1998, GmbHR 1999, 551 mit Anmerkung *Ebbing*, NZG 1999, 168, 169: Widersprüchliches Verhalten; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 15; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 105; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 53; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 41.

¹⁰³³ *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 39; vgl. auch *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 11.

¹⁰³⁴ So aber *Niemeier*, Einziehung, S. 266, insbesondere Fn. 191; vgl. zur Geltung des Prinzips im Rahmen des § 140 HGB *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 6; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 140 Rn. 8.

¹⁰³⁵ *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 694; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 42; a. A. grundsätzlich *Niemeier*, Einziehung, S. 266: Der ultima ratio Grundsatz sei kein spezifischer Restriktionsvorbehalt gegenüber einem auf rechtsfortbildender Grundlage entwickelten Rechtsinstitut; er hält allerdings im Rahmen Zwangseinziehung wegen Pfändung Insolvenz etc, also bei konkretisierten Einzugsermächtigungen wie im vorliegenden Fall eine weitergehende Rechtfertigung für entbehrlich.

¹⁰³⁶ *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 29 Rn. 40.

¹⁰³⁷ Vgl. zur Ausschlussklage unten **2. Kapitel: V.1.b)ff(3), S. 133** und zur Einziehung oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(b), S. 93**.

¹⁰³⁸ So verweist das OLG Celle, Urteil vom 6.8.1997, GmbHR 1998, 140, 142 nach dem Erfordernis des wichtigen Grundes unmittelbar auf den ultima ratio Grundsatz und als Beleg auf das Urteil des OLG München vom 3.11.1993, GmbHR 1994, 406, das sich jedoch in der Entscheidung nur mit den Anforderungen an einen wichtigen Grund sowie der Frage, ob diese erfüllt sind, beschäftigt, vgl. aaO., 409 f.

¹⁰³⁹ *Niemeier*, Einziehung, S. 274; vgl. zu den Gesetzesmaterialien: Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 90.

Erfordernis der Mitteilung an den betroffenen Gesellschafter allgemeine Meinung.¹⁰⁴⁰ So zeigt zumindest die Bestimmung des § 238 3 AktG, dass der Beschluss allein nicht ausreichend ist. Die Einziehung ist in beiden Rechtsgebieten zwar von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig und divergiert in den Rechtsfolgen. Aufgrund der identischen Wirkung der Vernichtung der Mitgliedschaft kann dennoch aus der genannten Bestimmung auch ein für die GmbH-Einziehung geltender Grundsatz entnommen werden. Auch der Ausschluss aus der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts setzt nach § 737 3 BGB eine empfangsbedürftige Ausschlusserklärung voraus.¹⁰⁴¹ Es ist daher für die Bewirkung der Einziehung neben der Beschlussfassung eine Gestaltungserklärung im Sinne einer einseitigen, formlosen, empfangsbedürftigen Willenserklärung zu fordern.¹⁰⁴² Es bleibt die Frage nach der Zuständigkeit für die Gestaltungserklärung.¹⁰⁴³ Ausgangspunkt für die Beurteilung ist, dass dem Geschäftsführer jedenfalls dann, wenn sich eine anderweitiger Bestimmung weder der Satzung noch dem Einziehungsbeschluss entnehmen lässt, die Befugnis zur Mitteilung obliegt. Problematisch ist allerdings, auf welche Basis der Geschäftsführer seine Befugnis stützen kann. Geht man davon aus, dass seine Zuständigkeit aus der allgemeinen Befugnis folgt, die Gesellschaft zu vertreten, §§ 35, 37 GmbHG,¹⁰⁴⁴ so hätte selbst das Fehlen eines Einziehungsbeschlusses keine Auswirkungen auf die erklärte Einziehung, § 37 II GmbHG.¹⁰⁴⁵ Gegen diese Lösung spricht vor allem aber die Tatsache, dass die Bestimmungen der §§ 35 ff. GmbHG in erster Linie den Rechtsverkehr mit Dritten betreffen und ihre Anwendung daher schon bei so genannten Drittgeschäften zweifelhaft ist, bei denen ein Gesellschafter wie ein Dritter in schuldrechtlicher Beziehung zur Gesellschaft steht.¹⁰⁴⁶ Vorliegend handelt es sich darüber hinaus um einen innergesellschaftlichen Vorgang, der die mitgliedschaftlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander betrifft. Das durch § 37 GmbHG geschützte Vertrauen des Gesellschafters in die erklärte Einziehung muss hier dem Interesse der Mitgesellschafter weichen, über die für die Gesellschaftsstruktur massiven Auswirkungen der Einziehung selbst zu entscheiden. Die Zuständigkeit obliegt somit auch für die Mitteilung der Gesellschafterversammlung, die auch über die Person des Mitteilenden entscheidet. Es ist lediglich von einer konkludenten Ermächtigung des Geschäftsführers auszugehen, wenn keine abweichende Bestimmung getroffen wurde.¹⁰⁴⁷ Von diesem Ausgangspunkt aus lässt sich auch die grundsätzliche Entbehrlichkeit einer gesonderten Mitteilung erklären, wenn der betroffene, vom Stimmrecht ausgeschlossene Gesellschafter, von seinem Teilnahmerecht Gebrauch macht, da eine explizite Mitteilung auch für diesen Fall in der Regel eine reine Förmlichkeit wäre.¹⁰⁴⁸ Strittig ist in diesem Zusammenhang nur, ob die Erklärung gänzlich entbehrlich ist¹⁰⁴⁹ oder auch in diesem Fall an einer Mitteilung festzuhalten ist, diese aber eben in der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses durch den Versammlungsleiter zu sehen ist. Richtigerweise muss eine Erklärung gefordert werden, da nur dies dem gestaltenden Charakter der Mitteilung hinreichend Rechnung trägt. Das Erfordernis der Ausführung des Beschlusses hängt nicht von der Anwesenheit des betroffenen Gesellschafters ab. Vielmehr können Beschluss und Ausfüh-

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Gehrlein*, ZIP 1996, 1157, 1158; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 12 f.; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 47; *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 16; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 12; *Niemeier*, Einziehung, S. 274 ff. (ausführliche Darstellung der Argumente für das Erfordernis einer Einziehungserklärung); *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 17 f.; *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493 f.; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 107; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 54; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 6, 38, 43.

¹⁰⁴¹ *Niemeier*, Einziehung, S. 278 f.; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 54. Es kann auch eine Parallele zum Recht der Personengesellschaften gezogen werden. Im Rahmen des Gesellschafterausschlusses bewirkt erst die Rechtskraft des Gestaltungsurteils nach § 140 HGB den Ausschluss, diese wirkt also nicht zurück auf den Gesellschafterbeschluss, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 22; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 140 Rn. 34. Sollte anstelle des Ausschließungsklage ein Gesellschafterbeschluss vorgesehen sein, so ist der Ausschluss erst mit der nicht abdingbaren Mitteilung bewirkt wie nach § 737, 3 BGB, BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 32/59, BGHZ 31, S. 295, 301 f.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 30; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 140 Rn. 45 m.w.N. Zudem lassen sich für das Erfordernis auch die schutzwürdigen Interessen des betroffenen Gesellschafters sowie der Gesellschaft anführen. Im Hinblick auf den Gesellschafter führt die Mitteilung zur erforderlichen Rechtssicherheit und vermeidet Schwebezustände. Im Hinblick auf die Gesellschaft ist zu beachten, dass diese durchaus ein Interesse daran haben kann, die Einziehung zunächst noch als Interim zum behandeln, *Niemeier*, Einziehung, S. 274 ff., 278 ff. Bis zur Mitteilung besteht dann für die Gesellschafterversammlung die Möglichkeit, die Einziehung aufzuheben oder zu widerrufen, § 130 I 2 BGB, *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 18; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 111.

¹⁰⁴² Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Mitteilung teilweise für entbehrlich gehalten wird in bestimmten Fällen, *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 107, vgl. hierzu unten Fn. 1049.

¹⁰⁴³ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei *Niemeier*, Einziehung, S. 280 ff.

¹⁰⁴⁴ Auf die alleinige Zuständigkeit des Geschäftsführers bzw. der Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl abstellend *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 12; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 17; in diese Richtung auch *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1494.

¹⁰⁴⁵ *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 47; *Niemeier*, Einziehung, S. 281; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 109; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 55; diese Konsequenz verkennen dagegen *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 17.

¹⁰⁴⁶ BGH, Urteil vom 20.9.1962, BGHZ 38, 26, 33; BAG, Urteil vom 13.3.1998, GmbHR 1998, 931, 933; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 37 Rn. 29. Vgl. zu Drittgeschäften bereits oben Fn. 404.

¹⁰⁴⁷ *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 47; *Gehrlein*, ZIP 1996, 1157, 1158; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 13; *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 16; *Niemeier*, Einziehung, S. 282 ff.; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 109; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 55; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 43.

¹⁰⁴⁸ *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 110.

¹⁰⁴⁹ So RG, Urteil vom 24.11.1933, JW 1934, 976, 977; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 13; *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 16; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 18, die sich dadurch allerdings einem inneren Widerspruch aussetzen, da sie von einer generellen Mitteilungszuständigkeit der Geschäftsführer ausgehen. Konsequenterweise insoweit *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1494, die auch bei Anwesenheit des Gesellschafters eine Mitteilung seitens der Geschäftsführer fordern.

zungsgeschäft zusammenfallen, sie müssen es aber nicht. Maßgeblich ist, ob der Betroffene nach § 133, 157 BGB auch von einer Mitteilung ausgehen konnte, was jedoch in aller Regel der Fall ist.¹⁰⁵⁰ Im Hinblick auf die Vertragsgestaltung sollte für größtmögliche Rechtssicherheit gesorgt und eine Bestimmung aufgenommen werden, die die grundsätzliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung klarstellt, jedoch eine Ermächtigung für die Geschäftsführer enthält. Wird davon auch für den Fall der Anwesenheit des Gesellschafters keine Ausnahme gemacht, so vermeidet dies jedenfalls Streitigkeiten im Hinblick auf die Frage, ob die Mitteilung nun bereits in der Bekanntgabe des Beschlusses durch den Versammlungsleiter zu sehen ist oder nicht, wenn dies in der Regel auch nur wiederholende, klarstellende Funktion hat.¹⁰⁵¹

(3) Abfindungszahlung

(a) Entgeltliche/Unentgeltliche Einziehung

Die entgeltliche Einziehung ist der absolute Regelfall, die unentgeltliche stellt dagegen die absolute Ausnahme dar.¹⁰⁵² Es findet sich zwar im GmbHG keine Bestimmung, die diesen Grundsatz kodifiziert.¹⁰⁵³ Allerdings zeigt bereits die Existenz des § 34 III GmbHG, dass das Gesetz wohl von der regelmäßigen Zahlung einer Abfindung ausgeht. Es ist daher anerkannt, dass der Inhaber des eingezogenen Geschäftsanteils auch ohne satzungrechtliche Bestimmung Anspruch auf eine vollwertige Abfindung hat.¹⁰⁵⁴ Der Anspruch richtet sich dabei gegen die Gesellschaft.¹⁰⁵⁵ Die Grundlage für diesen Abfindungsanspruch ist allerdings streitig. Richtigerweise ist auf eine Analogie zu § 738 I 2 BGB abzustellen.¹⁰⁵⁶ Dies wird zwar im Hinblick auf den Wortlaut des § 738 I 2 BGB angezweifelt, da alleine die Gesellschaft die Abfindung schuldet, § 738 I 2 BGB aber allein auf die Gesellschafter abzustellen scheint.¹⁰⁵⁷ Diese Kritik ist jedoch bei näherer Betrachtung nicht stichhaltig, da zum einen der Anspruch aus § 738 I 2 BGB auch gegen die Gesamthand gerichtet ist,¹⁰⁵⁸ zum anderen, weil die Verpflichtung der Gesell-

¹⁰⁵⁰ *Gehrlein*, ZIP 1996, 1157, 1158; *Niemeier*, Einziehung, S. 289; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 110; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 56, der in der Bekanntgabe jedenfalls dann eine konkludente Mitteilung erblickt, wenn die Einziehung alsbald, ohne Vorbehalt oder Zeitaufschub gewollt ist, was bei Fehlen besonderer Umstände der Fall ist; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 43.

¹⁰⁵¹ Streitigkeiten können schon daraus resultieren, dass die Auslegung der Beschlussfassung nicht notwendig zur Annahme einer konkludenten Mitteilung führen muss. Zum Teil wird auch gefordert, die nötige Rechtssicherheit dadurch zu gewährleisten, dass die Niederschrift über die Beschlussfassung des zuständigen Organs und die Kenntnisnahme seitens des Gesellschafters eine entsprechende Feststellung enthält, *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 16; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 18. Dies gewährleistet allerdings nur dann die notwendige Rechtssicherheit, wenn man wie *Kort* und *Rowedder/Bergmann* von einer gänzlichen Entbehrlichkeit der Mitteilung ausgeht.

Vgl. zu einer entsprechenden Vertragsklausel *Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister*, IV.19, § 14 IV 1; *Hopt-Volhard*, Form. II.D.3., § 6 VI.

¹⁰⁵² Vgl. zu den Ausnahmen unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. 110.**

¹⁰⁵³ Der Gesetzgeber vertraute wohl darauf, dass eine entsprechende Bestimmung in die nach § 34 GmbHG erforderliche Satzungsbestimmung aufgenommen wird. Aus deren Fehlen kann jedoch gerade nicht auf den Willen geschlossen werden, die Einziehung solle ohne Zahlung einer Abfindung erfolgen, *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 68; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 22.

¹⁰⁵⁴ Die folgenden Grundsätze gelten entsprechend für den Fall der Zwangsabtretung, da sie generell für den Fall des Ausscheidens oder des Ausschlusses aus der Gesellschaft greifen, vgl. *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 42. Vgl. zu Besonderheiten unten **2. Kapitel: V.1.b)ff)(2), S. 126.**

¹⁰⁵⁵ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 167 f. betreffend die Ausschließung; Urteil vom 17.2.1955, BGHZ 16, 317, 322 betreffend die Ausschließung; Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 362 f. mit Anmerkung von *Schulze-Osterloh*, JZ 1993, 45; OLG München, Urteil vom 17.9.1987, GmbHR 1988, 216, 217 f.; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 33; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 19; *Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG*, § 31 Rn. 10; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 42; *Niemeier*, Einziehung, S. 97 f., 132 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 35, 101; *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1494; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 43; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 68; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 22; *Wiedemann*, ZGR 1978, 477, 495.

¹⁰⁵⁶ *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 19; *Sudhoff-Jäger*, § 31 Rn. 10; *Niemeier*, Einziehung, S. 98; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 68; *Wiedemann*, ZGR 1978, 477, 495. In diese Richtung auch OLG Köln, Urteil vom 19.12.1997, GmbHR 1998, 641, 642, das auf das gesetzliche Leitbild des § 738 I 2 BGB abstellt sowie *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 44, der einen allgemeinen Rechtsgedanken aus § 738 I 2 BGB folgert. Nicht gefolgt werden kann LG Hannover, Urteil vom 20.12.2002, GmbHR 2002, 267, das einen direkten Anspruch aus § 738 I 2 BGB annimmt, wenn auch unter besonderen Umständen.

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 115 f., die vielmehr auf Gewohnheitsrecht abstellt, vgl. hierzu ablehnen Fn. 1059; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 22. Aus diesem Grund wird teilweise auch versucht, den Anspruch, wie auch das BVerfG in der so genannten Feldmühle-Entscheidung (BVerfG, Urteil vom 7.8.1962, BVerfGE 14, 263, 283; vgl. auch Urteil vom 27.4.1999, BVerfGE 100, 289, 305) angedeutet hat, als Ausfluss eines allgemeinen Instituts zu sehen, wofür nicht zuletzt auch sprechen könnte, dass das Schrifttum in diesem Zusammenhang Ausschließung und Einziehung in gleicher Weise behandeln, *Ulmer*, in FS Quack, S. 477, 478; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 22. Dagegen spricht aber schon, dass man sich dann über viele rechtstechnische Unterschiede und jeweils an anderer Stelle Lücken aufweisende Gesetzesregeln hinwegsetzen muss, *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 22. Es kann aber auch für den Fall der Zwangseinziehung nicht darauf abgestellt werden, dass die satzungrechtliche Einziehungsregelung so eng zu interpretieren sei, dass die Einziehung nur bei besonderen Anhaltspunkten unentgeltlich sei, da die Zulassung der Zwangseinziehung vom typischen Zweck einer Kapitalbeteiligung so weit abweiche, so aber *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 22. Für eine derartige ergänzende Auslegung fehlen die Anknüpfungspunkte, *Niemeier*, Einziehung, S. 98; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 44. Es bleibt daher nur die Möglichkeit, trotz aller Kritik, die bestehende Lücke durch eine Analogie zu schließen, *Niemeier*, Einziehung, S. 98.

¹⁰⁵⁸ *Flume*, Personengesellschaft, § 12 I, S. 173; *MünchKomm-Ulmer*, § 738 Rn. 11. Der Wortlaut des § 738 I 2 BGB beruht nicht zuletzt auf dem Verständnis des 1. Entwurfs des BGB, dem das Gesamthandsprinzip noch fremd war, *Flume*, Personengesellschaft, § 12 I, S. 173; *MünchKomm-Ulmer*, § 738 Rn. 12: Er lehnt sogar weitergehend einen Anspruch gegen die Gesellschafter generell vor allem deshalb ab, weil kein Verpflichtungsgrund für diese bestehe. Dies beruht allerdings noch auf der ursprünglich vertretenen Doppelverpflichtungslehre, mit der versucht wurde, die Haftung der Gesellschafter zu begründen, vgl. *Palandt-Sprau*, § 714 Rn. 11. Nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der GbR durch den BGH, Urteil vom 29.1.2001, NJW 2001, 1059 (bestätigt durch BGH, Urteil vom 24.2.2003 – II ZR 385/99, ZIP 2003, 664, 666; vgl. auch schon Urteil vom 27.9.1999, ZIP 1999, 1755, 1757; vgl. auch nunmehr BVerfG, Beschluss vom 2.9.2002, NJW 2002, 3533: Bestätigung der Parteifähigkeit sowie Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit hinsichtlich der Eigentumsgarantie und Befugnis zur Geltendmachung des Grundrechts im Verfahren der Verfassungsbeschwerde; auch BayObLG, Beschluss vom 31.10.2002, ZIP 2002, 2175: Zwar Anerkennung der Rechtsfähigkeit, jedoch Ablehnung der Grundbuchfähigkeit der GbR;

schafter nicht die Rechtsfolge des § 738 I 2 BGB ist, sondern Resultat der Haftungsverfassung der Personengesellschaft.¹⁰⁵⁹

(b) Grundsätze der Kapitalaufbringungs- und -erhaltung

(aa) Kapitalaufbringung, § 19 II GmbHG

Es müssen die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsbestimmungen beachtet werden. Dies bedeutet nicht nur, dass die Zwangseinziehung auf Geschäftsanteile beschränkt ist, für die das anteilige Stammkapital bereits vollständig eingezahlt ist, da ansonsten in der Einziehung des Geschäftsanteils aufgrund dessen Vernichtung und damit dem Untergang sämtlicher Rechte und Pflichten¹⁰⁶⁰ mittelbar ein Verzicht auf die Einlageforderung zu sehen wäre, der mit § 19 II GmbHG nicht zu vereinbaren ist.¹⁰⁶¹ Dem stünden zudem §§ 34 III, 30 I GmbHG entgegen, da auch ein Verzicht auf rückständige Leistungen ein Einziehungsentgelt darstellen kann.¹⁰⁶²

Da auch auf § 19 II GmbHG abzustellen ist, ändert sich die Rechtslage nicht dadurch, dass die Gesellschaft die Zahlungsverpflichtung mit Mitteln aus freien Rücklagen erfüllen kann, die nicht der Bindung des § 30 I GmbHG unterliegen, da § 19 II GmbHG einen Erlass der Einlageforderung nicht davon abhängig macht, ob die Zahlung nur unter Gefährdung des Stammkapitals erfolgen kann.¹⁰⁶³ Strittig ist jedoch, ob eine Aufrechnung¹⁰⁶⁴ der Gesellschaft mit der Einlageforderung gegen die Abfindungsforderung zulässig ist, wenn Letztere die Einlageforderung übersteigt und im Übrigen aus nicht der Bindung des § 30 GmbHG unterliegendem Vermögen beglichen werden kann. Teilweise wird dies für zulässig gehalten, da eine Ausnahme zur Vermeidung unnötiger und sinnentleerer Hin- und Herzahlungen gerechtfertigt werden könne und zudem eine Aufrechnung durch die Gesell-

auch BGH, Urteil vom 16.7.2001, BGHZ 148, 291, 293 ff.: GbR als Kommanditistin; LG Berlin, Beschluss vom 8.4.2003, BB 2003, 1351: GbR kann Komplementärin einer KG sein) ist jedoch nicht nur von einem durchsetzbaren Anspruch gegen die Gesellschaft selbst auszugehen, vgl. LG Hannover, Urteil vom 20.12.2001, GmbHR 2002, 267, 268; Palandt-Sprau, § 705 Rn. 24. Vielmehr wird eine § 128 HGB entsprechende akzessorische Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden vertreten, BGH, Urteil vom 29.1.2001, NJW 2001, 1056, 1061; Urteil vom 2.7.2001, ZIP 2001, 1364, 1365; Urteil vom 21.1.2002, ZIP 2002, 851, 852; Urteil vom 24.2.2003– II ZR 385/99, ZIP 2003, 664; Urteil vom 7.4.2003, ZIP 2003, 899, 900; vgl. zu den Feinheiten der Haftungsproblematik ausführlich *Altmeyen*, NJW 2003, 1553; *Flume*, BB 2003, 1175; *Reiff*, ZGR 2003, 550; Palandt-Sprau, § 714 Rn. 11 m.w.N.; *Schäfer*, ZIP 2003, 1225; *Karsten Schmidt*, NJW 2003, 1897; *Ulmer*, ZIP 2003, 1113 ff.; *Wössner*, ZIP 2003, 1235; *Zacharias*, BB 2003, 1916; vgl. speziell zur Frage der Auswirkungen der Haftungsprivilegierung des Gesellschafters auf die Haftung der GbR nunmehr BGH, Urteil vom 24.6.2003, NJW 2003, 2984. Daher ist auch für die Personenhandelsgesellschaften wie OHG und KG, für die § 738 I 2 BGB über § 105 III HGB i.V.m. § 161 II HGB (KG) greift, anerkannt, dass sich der Anspruch gegen die Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 15.5.1972, WM 1972, 1399, 1400) und die Gesellschafter richtet (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1971, BB 1971, 1530 f.), *Baumbach/Hueck*, HGB, § 131 Rn. 48. Einer Inanspruchnahme der Gesellschafter kann auch nicht entgegengehalten werden, dass diese für Sozialverbindlichkeiten nicht haften, da ansonsten eine wirtschaftlich gegen § 707 BGB verstoßende Nachschusspflicht begründet würde. Zwar haften die Mitgesellschafter grundsätzlich für Ansprüche gegen die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rn. 22, doch handelt es sich um einen Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters, so dass keine Sozialverbindlichkeit mehr besteht, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 23, vgl. auch MünchKomm-Ulmer, § 738 Rn. 12.

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 68 Fn. 147, vgl. zur Haftungsverfassung Fn. 1058. Zur Begründung des Anspruchs muss daher auch nicht das Gewohnheitsrecht als rettender Anker herangezogen werden, so aber *Kesselmeier*, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 116 ff.

¹⁰⁶⁰ Vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(4), S. 120.

¹⁰⁶¹ Aus der Verweisung des § 34 III GmbHG allein auf die Kapitalerhaltungsvorschriften kann nicht geschlossen werden, dass nicht auch die Kapitalaufbringungsnorm des § 19 II GmbHG Anwendung finden soll. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Erwähnung in § 34 III GmbHG für entbehrlich hielt, RG, Urteil vom 27.9.1918, RGZ 93, 326, 329; BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 158 f.; *Roth/Altmeyen-Altmeyen*, § 34 Rn. 10; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 9; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 14; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 3; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 9 f.; *Niemeier*, Einziehung, S. 291 ff.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 19; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 16; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 19; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49. Vgl. ausführlich zu diesem Problem vor allem auch *Kranz*, S. 109 ff.

¹⁰⁶² *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 19; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 17.

¹⁰⁶³ *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 9; *Sudhoff-Jäger*, § 31 Rn. 15; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 3; *Kranz*, S. 110; *Niemeier*, Einziehung, S. 291 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 19; *Michalski-Sosnitza* § 34 Rn. 16; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 19; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49. Vgl. zur früher vertretenen Gegenauffassung die Nachweise bei *Niemeier*, Einziehung, S. 292, Fn. 5.

Einem Verstoß gegen § 19 II GmbHG steht wegen seiner Bedeutung für den Gläubigerschutz auch eine etwaige Haftung eines Rechtsvorgängers des ausscheidenden Gesellschafters nicht entgegen, *Kranz*, S. 110; *Niemeier*, Einziehung, S. 291; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49.

Das Problem lässt sich auch nicht durch Teileinziehung nur in Höhe des eingezahlten Betrags lösen, weil der Geschäftsanteil nicht in einen voll eingezahlten und in einen nicht eingezahlten Teil aufzuspalten ist, da diese Teilung die Sicherung der Kapitalaufbringung schwächen würde, *Kranz*, S. 110; *Niemeier*, Einziehung, S. 292; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 24; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 37.

¹⁰⁶⁴ Teilweise ist auch von einer bloßen Verrechnung die Rede, vgl. *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 9; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49. Dies ist allerdings zumindest ungenau. Von einer Verrechnung (genauer dann Anrechnung) kann nur dann die Rede sein, wenn sich nicht zwei selbständige Forderungen – wie im vorliegenden Fall – gegenüberstehen, sondern es sich lediglich um einen Anspruch handelt, von dem unselbständige Rechnungsposten in Abzug gebracht werden, Palandt-Heinrichs, § 387 Rn. 2; MünchKomm-Schlüter, § 387 Rn. 50. Zu denken ist an Fälle der Vorteilausgleichung oder der Berechnung von Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenztheorie im Rahmen der §§ 280 I, III i.V.m. §§ 281, 283 BGB, vgl. Palandt-Heinrichs, § 387 Rn. 2. Möglich ist daher vorliegend nur eine Aufrechnung. Wenn in diesem Fall von Verrechnung gesprochen wird, so kann dies nur im Falle eines so genannten Aufrechnungsvertrags erfolgen, bei dem die ansonsten durch eine einseitige Gestaltungserklärung eintretende Wirkung der Aufrechnung nach § 389 BGB durch eine vertragliche Verrechnung erreicht wird, vgl. Palandt-Heinrichs, § 387 Rn. 19; MünchKomm-Schlüter, § 387 Rn. 51; so auch richtig *Scholz-Schneider*, § 19 Rn. 80. An einen solchen ist dann zu denken, wenn etwa der Anspruch auf die Resteinzahlung noch nicht fällig ist, was einer Aufrechnung nach § 387 ff. BGB entgegensteht, *Scholz-Schneider*, § 19 Rn. 80. Richtigerweise kann daher in diesem Zusammenhang nur von Aufrechnung, entweder durch einseitige Gestaltungserklärung oder durch Verrechnung im Rahmen eines Aufrechnungsvertrags, die Rede sein, so richtig *Kranz*, S. 111; *Niemeier*, S. 293.

schaft nach § 19 II 2 GmbHG nicht schlechthin verboten sei.¹⁰⁶⁵ Dieser Ansicht steht jedoch entgegen, dass es für § 19 II GmbHG allein auf den Zeitpunkt der Einziehung ankommt, zu dem die Einlageverpflichtung vollständig aus nicht gebundenem Vermögen möglich sein muss. Auf etwaige aus der Einziehung resultierende Abfindungsverpflichtungen der Gesellschaft kann es daher nicht ankommen. Dem ist schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu folgen.¹⁰⁶⁶ Es bleibt daher nur die Möglichkeit, vorher die Resteinlage zu leisten, oder gleichzeitig eine Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG vorzunehmen.¹⁰⁶⁷

(bb) Kapitalerhaltung, § 34 III iVm § 30 GmbHG

Es sind darüber hinaus auch Handlungen zu unterlassen, die das bereits eingezahlte Stammkapital nachträglich beeinträchtigen. Die Zahlung der Abfindung darf nicht aus dem Stammkapital geleistet werden, §§ 34 III iVm. § 30 I GmbHG.¹⁰⁶⁸ Die Tatsache, dass es um ein Ausscheiden als Gesellschafter geht, § 30 I GmbHG aber auf die Gesellschaftereigenschaft abstellt, steht der Anwendbarkeit nicht entgegen, da es für die Beurteilung der Eigenschaft nicht auf den Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit ankommt.¹⁰⁶⁹ Schon im Hinblick auf Abfindungsbeschränkungen findet sich jedoch in jedem Vertrag eine Abfindungsklausel, so dass die Gesellschaftereigenschaft kein Problem darstellt.¹⁰⁷⁰

Eine unentgeltliche Einziehung, und damit eine Vermeidung jedenfalls der Problematik des § 30 GmbHG, scheidet hier schon deshalb aus, weil ein gänzlicher Ausschluss der Abfindung jedenfalls bei der Zwangseinziehung im Hinblick auf die Gefährdung der Gesellschaftergläubiger sowie die Interessen des betroffenen Gesellschafters grob unbillig und damit sittenwidrig nach § 138 I BGB wäre, wenn nicht besondere, eine andere Beurteilung rechtfertigende Umstände gegeben sind. Dies gilt auch dann, wenn sämtliche Gesellschafter der Satzungsbestimmung zugestimmt haben.¹⁰⁷¹ Ein besonderer, eine anderweitige Beurteilung rechtfertigender Grund kann etwa angenommen werden, wenn eine so genannte Idealgesellschaft gegeben ist, die keinem Erwerbszweck oder

¹⁰⁶⁵ *Niemeier*, Einziehung, S. 293; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49; entgegen *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49 Fn. 200 vertreten *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 19 diese Auffassung nicht.

¹⁰⁶⁶ *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 9; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 16; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 19. Die andere Auffassung ist auch schon deshalb problematisch, weil sie es anscheinend ausreichen lässt, dass der Rest der Abfindungsforderung, der nicht durch Aufrechnung erloschen ist, aus nicht gebundenen Mitteln befriedigt werden kann, vgl. *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 49. Wird somit gegen eine Forderung aufgerechnet, die nur zum Teil aus ungebundenem Vermögen beglichen werden kann, kommt dies einem Verzicht auf die Einlageforderung gleich, dem die §§ 19 II und 34 III i.V.m. 30 I GmbHG entgegenstehen. Es kommt zwar ohne Zulassung der Aufrechnung zu Hin- und Herüberweisungen, doch sind diese nur auf den ersten Blick sinnentleerend. Denn nur auf diese Weise wird den Bestimmungen der Kapitalaufbringung und –erhaltung Rechnung getragen, da der betroffene Gesellschafter nur den Teil der Abfindung erhält, der aus nicht gebundenem Vermögen stammt, während er bei der Zulassung der Aufrechnung die gesamte Summe erhielt (*Niemeier*, Einziehung, S. 293 stellt daher wohl aus gerade diesem Grund darauf ab, dass die gesamte Abfindungsforderung aus freien Reserven beglichen werden kann). Es darf zudem nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch eine Aufrechnung durch die Gesellschaft nicht schrankenlos möglich ist, diese vielmehr voraussetzt, dass der Abfindungsanspruch fällig, vollwertig und vor allem unbestritten ist, vgl. *Michalski-Ebbing*, § 19 Rn. 60 ff.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 34 Rn. 75 ff.; *Scholz-Schneider*, § 19 Rn. 71 ff. Gerade Letzteres wird bei der Zwangseinziehung eher die Ausnahme sein, *Kranz*, S. 111.

¹⁰⁶⁷ *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 15; *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 28 Rn. 3; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 19; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 19. Vgl. hierzu auch ausführlich *Kranz*, S. 111, 174 f.; die Resteinlage kann auch durch die übrigen Gesellschafter aus deren Vermögen erfolgen, *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 19; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 16; vgl. zu den Möglichkeiten einer Vermeidung der Problematik auch ausführlich die vergleichbare Problematik der Vermeidung eines Verstoßes gegen § 30 I GmbHG unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(b)(bb), S. 110. Vgl. zur Problematik der Einziehung eines voll eingezahlten Geschäftsanteils bei fehlender Volleinzahlung anderer Geschäftsanteile *Niemeier*, Einziehung, S. 295 f.

¹⁰⁶⁸ Strittig ist allerdings der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der finanziellen Situation. Mit der h. M. ist auf den Zeitpunkt der Abfindungszahlung abzustellen, RG, Urteil vom 23.10.1931, RGZ 133, 393, 395; Urteil vom 16.2.1938, JW 1938, 1176, 1177; BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 169; Urteil vom 29.1.1998, BGHZ 139, 132, 136; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 15; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 33; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 17; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 48. A. A. *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 21; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 20, die auf den Zeitpunkt der Fälligkeit abstellen. Die Fälligkeit tritt, mangels gegenteiliger Satzungsregelung, mit dem Zugang der Einziehungserklärung ein, wenn auch die Wirkungen der Einziehung erst später einsetzen können (vgl. unten 2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(c)(bb), S. 113], *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 21; *Scholz-Priester*, § 53 Rn. 110; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 49, 108; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 126; einschränkend BayObLG, Beschluss vom 5.11.1982, DB 1983, 99, 100: nicht vor der Erstellung der Abfindungsbilanz; in diesem Sinne auch *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 76: nach den Umständen i.S.d. § 271 I BGB verschiebt sich die Zeitspanne um die Zeit, die zur unverzüglichen Ermittlung der Höhe des Anspruchs und zur Beschaffung der liquiden Mittel erforderlich ist; a. A. *Peetz*, GmbHR 2000, 749, 752, vgl. hierzu unten Fn. 1099.

¹⁰⁶⁹ RG, Urteil vom 23.10.1931, RGZ 133, 393, 395; Urteil vom 16.2.1938, JW 1938, 1176; BGH, Urteil vom 24.3.1954, BGHZ 13, 49, 54; Urteil vom 29.9.1977, BGHZ 69, 274, 280; Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 258; vgl. auch Urteil vom 9.10.1986, BB 1987, 80, 81; KG Berlin, Urteil vom 11.1.2000, NZG 2000, 479, 480 mit zustimmender Anmerkung von *Kleindiek*, NZG 2000, 483, 484; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 30 Rn. 15; *Hachenburg-Goerdele/Müller*, § 30 Rn. 55; *Goette*, DStR 1997, 1495, 1498; *Michalski-Heidinger*, § 30 Rn. 69; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 30 Rn. 20; *Scholz-Westermann*, § 30 Rn. 42.

¹⁰⁷⁰ Dies folgt für die Einziehung letztlich auch aus dem Verweis aus § 34 III GmbHG, der ansonsten überflüssig wäre. Vgl. zu einer entsprechenden Klausel Münchener Vertragshandbuch I-*Heidenhain/Meister*, IV.20, § 22. Vgl. zur Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungen unten Fn. 1076.

¹⁰⁷¹ BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 374 ff.; OLG Oldenburg, Urteil vom 15.6.1995, GmbHR 1997, 503, 504 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 23.2.2001, NZG 2001, 658, 659; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.9.1993, BGHZ 123, 281, 284 zur KG am Maßstab des § 723 III BGB; zur GbR BGH, Urteil vom 13.6.1994, BGHZ 126, 226, 239; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 35; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 29; *Sudhoff-Jäger*, § 31 Rn. 19; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 46; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 111; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 62; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 96; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 28; anders noch RG, Urteil vom 8.12.1933, RGZ 142, 373, 377 – Verstoß gegen § 134 BGB; BGH, Urteil vom 7.4.1966, BGHZ 32, 151, 155 f. – Verstoß gegen § 137. A. A. *Sudhoff*, Gesellschaftsvertrag, S. 580. Vgl. allgemein zur Problematik von Abfindungsbeschränkungen unten Fn. 1076.

Gewinnstreben der Gesellschafter dient.¹⁰⁷² Anerkannt ist auch der Ausschluss auf den Todesfall, der regelmäßig darauf gerichtet ist, den Anteilswert unabhängig von der Erbeinsetzung den bereits als Gesellschafter beteiligten Angehörigen der folgenden Generation zuzuwenden, da nur die Erben betroffen sind.¹⁰⁷³

Es ist allerdings auch eine Einschränkung für den Fall anerkannt, dass die Einziehung aufgrund eines wichtigen Grundes erfolgt. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei der pfändungsbedingten Einziehung um eine solche aus wichtigem Grund handelt,¹⁰⁷⁴ setzt die Zulässigkeit des Abfindungsausschlusses voraus, dass ein schuldhafter Verstoß des betroffenen Gesellschafters gegen die vertraglich übernommenen Handlungs- oder Unterlassungspflichten gegeben ist, da derartige Klauseln im Sinne einer Verfallsklausel als einer Form der Vertragsstrafe im Sinne der §§ 339 ff. BGB zu beurteilen sind.¹⁰⁷⁵ Hier geht es jedoch um Maßnahmen Dritter, nämlich der Gesellschaftergläubiger, die den Anlass für die Einziehung bilden, nicht dagegen um einen schuldhaften Verstoß des Gesellschafters gegen seine vertraglichen Pflichten. Es bleibt somit nur die Möglichkeit, die Abfindung in zulässigem Maße zu beschränken, was jedoch die Problematik der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht gänzlich zu lösen vermag.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷² BGH, Urteil vom 2.6.1997, ZIP 1997, 1453, 1454 zur GbR; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 29; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 46; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 112; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 63; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 98; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 20.

¹⁰⁷³ Regelmäßig wird es darum gehen, die Familiengesellschaft für die Zukunft zu wahren und familienfremde Erben auszuschließen, BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmBHR 1977, 81; BGH, Beschluss vom 7.10.1996, DStR 1997, 336 mit Anmerkung Goette, DStR 1997, 337, 338; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 35; Bacher/Spieth, GmBHR 2003, 517, 520 f.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 29; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 55; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 64; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 97 f.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 20. Vgl. zur Problematik, dass darin grundsätzlich eine vorweggenommene auf den Todesfall bezogene unentgeltliche Verfügung über den Anteilswert zu sehen ist und damit die §§ 518, 2301 BGB tangiert sind, die ausführlichen Darstellungen bei Habersack, ZIP 1990, 625 ff.; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 64; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 97 f.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 25, nach denen die Bestimmungen nicht entgegenstehen, jedenfalls liege, soweit § 2301 BGB zu bejahen ist, Vollzug nach § 2301 II BGB vor; a. A. allerdings Käppler, ZGR 1978, 542, 577.

Vertreten wird die Zulässigkeit des Abfindungsausschlusses auch dann, wenn der Gesellschafter lediglich einen Gewinnanspruch hat, jedoch keinen Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös nach § 72 GmbHG, Bacher/Spieth, GmBHR 2003, 517, 521.

¹⁰⁷⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.

¹⁰⁷⁵ OLG Hamm, Urteil vom 11.1.1999, NZG 1999, 597, 598; Flume, Personengesellschaft, 12 III, S. 180; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 19; Reuter, Perpetuierung, S. 405 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 33; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 63; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 99; in diesem Sinne wohl auch Scholz-Westermann, § 34 Rn. 20. Verfallsklauseln unterscheiden sich von Strafversprechen dadurch, dass sie für den Fall der Vertragsverletzung keine zusätzliche Zahlung vorsehen, sondern den Inhalt haben, dass der Schuldner eigene Rechte verliert. Die §§ 339 ff. BGB sind entsprechend anwendbar, da der nur formale Unterschied zwischen zusätzlicher Leistung und dem Wegfall eigener Rechte keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Die Verfallsklausel wird als Sonderfall einer nicht in Geld bestehenden Vertragsstrafe behandelt, § 342, Esser/Schmidt I, 1, S. 269; MünchKomm-Gottwald, vor § 339 Rn. 32; Palandt-Heinrichs, vor § 339 Rn. 5 mit jeweils weiteren Hinweisen vor allem auf die Rechtsprechung. Nach Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 29 kann dagegen ein wichtiger Grund keinen vollständigen Ausschluss der Abfindung rechtfertigen.

Umstritten ist die Annahme einer Vertragsstrafe dagegen für den Fall einer bloßen Abfindungsbeschränkung; dafür: BGH, Beschluss vom 29.9.1983, WM 1983, 1207, 1208; Soufleros, Ausschließung, S. 274 f.; dagegen BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmBHR 1978, 131, 132; Grunewald, Ausschluss, S. 159 f. Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 135.

Weitere anerkannte Fälle zur Rechtfertigung eines Abfindungsausschlusses sind die Einziehung eigener Anteile nach § 33 GmbHG, da der Gesellschaft aus eigenen Anteilen keine eigenen Rechte zustehen; denkbar sind auch Fälle, in denen die GmbH grundsätzlich kein freies, über § 30 GmbHG hinausgehendes Vermögen besitzt, vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn.33; Michalski-Sosnitzka § 34 Rn. 63; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 98. Nicht ausreichen soll dagegen, dass auch der betroffene Gesellschafter den Anteil unentgeltlich erworben hat, BGH, Urteil vom 9.1.1989, NJW 1989, 2685, 2686 zur KG; a. A. dagegen Flume, Personengesellschaft, 12 III, S. 178 f.

¹⁰⁷⁶ Die Problematik der Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungen wird von der Rechtsprechung entsprechend den Grundsätzen zur Personengesellschaft (BGH, Urteil vom 24.5.1993 – II ZR 36/92, ZIP 1993, 1160, 1161 zur OHG; Urteil vom 20.9.1993, BGHZ 123, 281, 283 ff. zur KG; Urteil vom 13.6.1994, BGHZ 126, 226, 242 ff. zur GbR; vgl. zur Literatur Heymann-Emmerich, HGB, § 138 Rn. 46 ff.; Flume, Personengesellschaft, 12 IV, S. 181 ff.; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 131 Rn. 55 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 117 ff.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 IV.2.c)bb); Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 138 Rn. 70) behandelt: Die Zulässigkeit wird einmal dann in Frage gestellt, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen Abfindungsbetrag und tatsächlichem Anteilswert besteht, mithin also schon die Interessen des betroffenen Gesellschafters selbst tangiert sind; eine entsprechende Klausel ist nichtig nach § 138 BGB, wenn diese Diskrepanz bereits bei Vereinbarung der Abfindungsklausel besteht, vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 368 f.; Urteil vom 19.6.2000, GmBHR 2000, 822, 824; Goette, DStR 2001, 533, 542. Dem folgt die herrschende Literatur, wenn auch mit Abweichungen in den Einzelheiten, vgl. Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 35; Bacher/Spieth, GmBHR 2003, 517, 520; Ebenroth/Müller, BB 1993, 1153, 1157; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 23 f.; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 16 ff.; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 24 f.; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 46; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 109; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 55 f.; Soufleros, Ausschließung, S. 266; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 87; Ulmer, in FS Quack, S. 477, 486 ff.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 23 ff. insb. 28.

Vgl. ausführlich zur Problematik der anfänglichen Sittenwidrigkeit im Hinblick auf die nachträgliche Einführung von Abfindungsregelungen Bacher/Spieth, GmBHR 2003, 517 ff., vor allem was die Anwendbarkeit des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts der §§ 241 ff. AktG diesbezüglich betrifft, GmBHR 2003, 973 ff.

War die Bestimmung dagegen zum Zeitpunkt ihrer Aufnahme in die Satzung nicht zu beanstanden, beruht die Unangemessenheit aber auf der nachträglichen Entwicklung der Gesellschaft, so bleibt die Regelung zwar wirksam, weil sich die Sittenwidrigkeit nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Abfindungsregelung richtet; die Abfindungsklausel kann bei wechselhafter Entwicklung des Anteilswerts nicht je nach dessen Stand zu verschiedenen Zeitpunkten wirksam oder unwirksam sein. Der Gesellschaft ist es jedoch nach Treu und Glauben versagt, sich auf die Bestimmung zu berufen, wenn dadurch das Recht des austrittswilligen Gesellschafters, sich zum Austritt zu entschließen, in unvertretbarer Weise eingeengt wird, BGH, Urteil vom 20.9.1993, BGHZ 123, 281 (Kommanditgesellschaft) unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rechtsprechung auch zur GmbH – Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 368 f. – nach der auch für diesen Fall die Unwirksamkeit angenommen wurde; Urteil vom 19.6.2000, GmBHR 2000, 822, 824; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 24; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 110; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 138 Rn. 70; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 IV.2.c)cc), der allerdings – zwar unter Einbeziehung der §§ 723 III BGB, 133 III HGB – an den flexibleren § 138 BGB anknüpfen will und diesem die noch flexiblere Regel von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) vorschalten will. An die Stelle der unangemessenen tritt jedenfalls eine angemessene Abfindung. Methodisch wird dieses Ergebnis von der Rechtsprechung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gefunden, vgl. BGH, Ur-

Falls die Einziehung nur unter Verstoß gegen § 30 GmbHG möglich ist, kann dem durch die Verbindung mit einer Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG abgeholfen werden, wobei die Einziehung dann erst durchgeführt werden darf, wenn die Kapitalherabsetzung in das Handelsregister eingetragen ist.¹⁰⁷⁷ Wenn durch das Einziehungsentgelt das Vermögen in Höhe des Stammkapitals nur teilweise angegriffen wird, kann die Kapitalherabsetzung in dem Umfang des durch sonstige Vermögenswerte nicht gedeckten Teils erfolgen.¹⁰⁷⁸ Die Kapitalherabsetzung ist allerdings eher ein umständlicher Weg. Weil die Einziehung dann erst nach Ablauf des Sperrjahres¹⁰⁷⁹ mit Eintragung in das Handelsregister nach § 58 I Nr. 3 GmbHG durchgeführt werden könnte und auch sonst strenge Formalia einzuhalten sind, ist die Kapitalherabsetzung in der Praxis eher die Ausnahme.¹⁰⁸⁰

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass sich Gesellschafter finden, die die Zahlung für die Gesellschaft übernehmen. Dies setzt im Hinblick auf § 30 GmbHG zusätzlich einen Verzicht auf die Rückzahlung voraus.¹⁰⁸¹ Man spricht bei diesen Zahlungen, für die keine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft besteht, von so genannten verlorenen Zuschüssen, im Gegensatz zu Nachschüssen iSd. §§ 26 ff. GmbHG.¹⁰⁸²

Es ist auch daran zu denken, eine Verpflichtung der Mitgesellschafter zu begründen, insbesondere durch Vereinbarung einer Nachschusspflicht. Doch droht bei unbeschränkter Nachschusspflicht die Problematik des Preisgaberechts nach § 27 GmbHG. Die Gesellschafter werden sich bei einer Beschränkung nach § 26 III, 28 GmbHG zwar leichter einer entsprechenden Regelung unterwerfen, doch ist diese nur bedingt geeignet, dem erforderlichen Kapitalbedarf Rechnung zu tragen, so dass die Nachschusspflicht kein vielversprechender Weg ist, vor allem, weil der Anspruch zwingend einen Gesellschafterbeschluss erfordert.¹⁰⁸³

Eine Sicherung der Kapitalerhaltungsbestimmungen ist zudem denkbar über die Vereinbarung einer Nebenverpflichtung nach § 3 II GmbHG als echter Satzungsbestandteil.¹⁰⁸⁴ Im Hinblick auf § 30 GmbHG sind aber wieder-

teil vom 20.9.1993, BGHZ 123, 281, 286; Urteil vom 13.6.1994, BGHZ 126, 226, 242 (beide Fälle betreffen Personengesellschaften); Urteil vom 19.6.2000, GmbHR 2000, 822, 824 (GmbH); in diesem Sinne wohl auch MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 26. Ein Teil der Literatur bevorzugt dagegen von vornherein eine einzelfallbezogene Ausübungskontrolle anhand von § 242 BGB, die im wesentlichen zu gleichen Ergebnissen führt, *Bacher/Spieth*, GmbHR 2003, 517, 522 f.; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 24; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 49 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 110; ausführlich vor allem *Ulmer/Schäfer*, ZGR 1995, 134, 144 ff. Teils wird dagegen auch auf die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB) zurückgegriffen, *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 94; *MünchKomm-Ulmer*, § 738 Rn. 44; neben oder anstelle einer Missbrauchskontrolle; BGH, Urteil vom 20.9.1993, BGHZ 123, 281, 287 lässt es dagegen offen, inwieweit es besondere Fallgestaltungen geben kann, in denen die ergänzende Vertragsauslegung zu keinem befriedigenden Ergebnis führt und daher die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB) in Betracht kommen kann.

Die Unzulässigkeit kann sich zudem aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ergeben, der willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte, unterschiedliche Behandlungen der Gesellschafter verbietet, BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 373 ff.; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 25; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 53; *Michalski-Sosnitzer*, § 34 Rn. 60. Daneben ergeben sich Grenzen aus dem Schutz der Gläubiger: Die Grenze für Abfindungsbeschränkungen ist dann erreicht, wenn sich die Abfindungsbeschränkung im Wesentlichen nur noch auf die Situation des Gläubigerzugriffs erstreckt und dadurch zu einer Gläubigerbenachteiligung führt, weil er wegen der Gläubigerstellung als solcher benachteiligt wird. Die Bestimmung ist nichtig nach § 138 BGB, BGH, Urteil vom 19.6.2000, GmbHR 2000, 822, 823; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 40; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 138 Rn. 45; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 26; *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 140; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 138 Rn. 64; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 IV.2.c)aa); *Michalski-Sosnitzer*, § 34 Rn. 58; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 91; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 27; anders noch RG, Urteil vom 8.12.1933, RGZ 142, 373, 377 f. – Verstoß gegen § 134 BGB; BGH, Urteil vom 7.4.1966, BGHZ 32, 151, 155 f. – Verstoß gegen § 137; ausführliche Argumentation gegen die eben genannten Ansichten und für die herrschende Einordnung in § 138 BGB bei *Kranz*, S. 147 ff.

¹⁰⁷⁷ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 169; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10 b; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 23; *Michalski-Sosnitzer*, § 34 Rn. 18; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 57.

¹⁰⁷⁸ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 168; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 23; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 24 i.V.m. § 58 Rn. 40; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 37.

¹⁰⁷⁹ *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 58 Rn. 23.

¹⁰⁸⁰ *Kranz*, S. 174 f.; *Souffleros*, Ausschließung, S. 286.

¹⁰⁸¹ OLG Hamm, Urteil vom 11.1.1999, NZG 1999, 597, 598; *Harst*, GmbHR 1987, 183, 185; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10 b; *Michalski-Sosnitzer*, § 34 Rn. 75. In diesem Sinne auch *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 28, 32, der zusätzlich eine Ergänzung der entsprechenden Satzungsklausel dahingehend verlangt, dass die zahlenden Gesellschafter einen Anspruch auf Aufstockung ihres Gesellschaftsanteils oder Zuteilung neu gebildeter Geschäftsanteile in anteiliger Höhe des eingezogenen Geschäftsanteils haben. Vgl. zur Aufstockung und Neubildung unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4), S. 120.

¹⁰⁸² Vgl. zur Abgrenzung von Nachschuss und verlorenem Zuschuss *Hachenburg-Müller*, § 26 Rn. 27; *Scholz-Emmerich*, § 26 Rn. 7 m.w.N. Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, dass die Rückzahlung der Beträge daran geknüpft wird, dass dies ohne Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsnormen möglich ist, vgl. *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1495, Fn. 14. Die Zuschüsse sind dann mit einem so genannten Besserungsschein (der Begriff stammt aus der Insolvenzpraxis) verbunden, einem verbrieften Schuldversprechen. Die Besserung der finanziellen Situation ist dann Bedingung (§ 158 BGB) für die Rückzahlung, BGH, Urteil vom 13.6.1984, DB 1984, 2454; *Hachenburg-Goerdeler/Müller*, § 29 Rn. 85.

¹⁰⁸³ Vgl. *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 28, 31; vgl. zum Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses bereits den Wortlaut des § 26 I GmbHG; *Hachenburg-Müller*, § 26 Rn. 38; *Michalski-Zeidler*, § 26 Rn. 18.

¹⁰⁸⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Kranz*, S. 178 ff.; zu § 3 II GmbHG – im Zusammenhang mit einer Abtretungsverpflichtung – genauer unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(d), S. 129. Die Abgrenzung zwischen Nebenleistungspflicht nach § 3 II GmbHG und Nachschüssen ist aufgrund der weitgehenden Gestaltungsfreiheit hinsichtlich § 3 II GmbHG nicht immer leicht. Sie ist durch Auslegung der Satzung vorzunehmen, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 3 Rn. 36; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 26 Rn. 12; *Michalski-Zeidler*, § 26 Rn. 7. Während Nachschusspflichten zwingend einen Gesellschafterbeschluss voraussetzen, ist dies bei Nebenleistungsverpflichtungen gerade nicht der Fall ist, BGH, Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 372/87, NJW-RR 1989, 228, 229; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 10.1.1992, NJW-RR 1992, 1512, 1513; *Scholz-Emmerich*, § 3 Rn. 47 a; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 26 Rn. 13 f.; *Michalski-Zeidler*, § 26 Rn. 7. Vor allem aber sind gezahlte Nachschüsse nach §§ 42 III GmbHG, 272 II Nr. 4 HGB unter den Passiven als Kapitalrücklage zu bilanzieren, so dass ihre spätere Rückzahlung nur nach Maßgabe und in den Grenzen des § 30 II GmbHG möglich ist. Demgegenüber unterliegen Nebenleistungen nicht den strengen Kapitalbindungsvorschriften des GmbHG, also nicht den §§ 7 II, III, 9, 19 – 24 und 30 GmbHG, *Scholz-Emmerich*, § 3 Rn. 47 a; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 3 Rn. 36 f.; *Hachenburg-Ulmer*, § 3 Rn. 70 i.V.m. *Hachenburg-Müller*, § 26 Rn. 25. Die Beachtung von § 30 I GmbHG für das Stammkapital wird dadurch freilich nicht außer Kraft gesetzt, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 3 Rn. 37; *Hachenburg-Müller*, § 26 Rn. 25. In der Satzung sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, was gewollt ist,

um Besonderheiten hinsichtlich der Ausgestaltung der Nebenpflicht zu beachten. Es bietet sich dabei die Ausgestaltung als Darlehen oder als entgeltlicher verlorener Zuschuss an.¹⁰⁸⁵

Es bleibt festzuhalten, dass die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsnormen die Einziehung im Einzelfall unmöglich machen beziehungsweise Gesellschaft und Gesellschaft vor erhebliche Gestaltungsprobleme stellen können, die die Einziehung zumindest erheblich erschweren und teils von freiwilligen Leistungen der übrigen Gesellschafter abhängig machen, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt.

(c) Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einziehung

(aa) Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses

Verstößt die Einziehung gegen den Grundsatz Kapitalaufbringung nach § 19 II GmbHG, so hat dies die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses analog § 241 Nr. 3 AktG zur Folge.¹⁰⁸⁶ Problematischer stellt sich der Zusammenhang zwischen der Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften einerseits und den rechtsgestaltenden Wirkung der Einziehung andererseits dar. Ausgangsüberlegung ist, dass für den betroffenen Gesellschafter die Gefahr besteht, aus der Gesellschaft auszuschneiden, die bereits erhaltene Abfindung aber wegen § 31 GmbHG zurückzahlen zu müssen oder, falls er diese noch nicht erhalten hat, die Abfindungsforderung gegenüber der Gesellschaft nicht durchzusetzen zu können. Letztlich geht es darum, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger, deren Schutz die Kapitalerhaltungsnormen dienen, und denen des betroffenen Gesellschafters sowie auch der übrigen Gesellschafter zu finden, die von der weitergehenden Haftung nach § 31 III GmbHG erfasst werden können.¹⁰⁸⁷

Es muss dabei danach differenziert werden, wann ein Verstoß der Abfindungszahlung gegen die Kapitalerhaltungsbestimmungen der §§ 34 III, 30 I GmbHG ersichtlich wird. Nahezu unstrittig ist der Einziehungsbeschluss nichtig analog § 241 Nr. 3 AktG, wenn bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass die Zahlung nach der gegenwärtigen Vermögenslage der GmbH nur aus der Bindung des § 30 I GmbHG unterliegendem Vermögen erfolgen kann.¹⁰⁸⁸

(bb) Behandlung des erst nach Beschlussfassung feststellbaren Verstoßes gegen §§ 34 III, 30 I GmbHG

Als noch nicht geklärt muss jedoch nach wie vor der Fall angesehen werden, dass sich ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsnorm des § 30 I GmbHG zwar noch nicht bei der Beschlussfassung bezüglich der Einziehung absehen lässt, sich aber später, vor vollständiger Begleichung der Abfindungsforderung zeigt. Es stellt sich – soweit die Satzung hierzu keine Regelung trifft¹⁰⁸⁹ – die Frage, inwieweit die Wirksamkeit der Einziehung von der Abfindungszahlung abhängig ist.

Die Problematik der erst nachträglich ersichtlichen Stammkapitalgefährdung wurde höchstrichterlich noch nicht endgültig geklärt, da der BGH die Frage in seinen bisherigen Entscheidungen offen lassen konnte.¹⁰⁹⁰ Für den Fall eines Ausschlussurteils löste der BGH die Fragestellung dagegen dahingehend, dass das Urteil an die Be-

was unproblematisch der Fall ist, wenn eben kein Gesellschafterbeschluss gefordert wird. Da das Verfahren aber entsprechend den §§ 26 ff. GmbHG ausgestaltet werden kann, ist eine Klarstellung wichtig, die Abgrenzung ansonsten schwierig, zumal die Kriterien hierfür nach wie vor strittig sind, vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 10.1.1992, NJW-RR 1992, 1512, 1513; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 36; Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 70; Michalski-Zeidler, § 26 Rn. 7. Vgl. zu weiteren Vorteilen der Nebenpflicht gegenüber Nachschusspflichten unten Fn. 1264.

¹⁰⁸⁵ Vgl. hierzu genauer Kranz, S. 181 ff.

¹⁰⁸⁶ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 10; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 19, 29 f.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 45, 49. Vgl. zur analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf GmbH-Beschlüsse BGH, Urteil vom 16.12.1953, BGHZ 11, 231, 235; Urteil vom 23.3.1981, BGHZ 80, 212, 216; BGH, Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359 368; Urteil vom 19.6.2000, GmbHR 2000, 822, 823, ständige Rechtsprechung; Bacher/Spieth, GmbHR 2003, 973; Michalski-Römermann, Anh. § 47 Rn. 8 ff., insb. 21; speziell zur Einziehung Niemeier, ZGR 1990, 314, 327 ff. m.w.N.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 45; dies ist allerdings vor allem in der neueren Literatur nicht unumstritten: Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 62 lehnt eine Gesetzesanalogie ab und geht davon aus, dass es sich um die Anerkennung von Grundprinzipien handele, die in § 241 AktG Ausdruck gefunden haben; ihm folgend Kranz, S. 165; kritisch zur Analogie auch Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 86; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 2; vgl. ausführlich zum Streitstand und zu anderen Lösungsansätzen Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 115 ff.; Michalski-Römermann, Anh. § 47 Rn. 12 ff.; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 2 ff. Der Streit ist zumindest hinsichtlich der Nichtigkeit rein akademischer Natur, weil die Nichtigkeitstatbestände unstrittig sind, Noack, Gesellschaftervereinbarungen, S. 163.

¹⁰⁸⁷ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 53.

¹⁰⁸⁸ RG, Urteil vom 24.11.1933, RGZ 142, 286, 288 ff.; Urteil vom 15.12.1941, RGZ 168, 292, 302 f.; BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 169; Urteil vom 19.6.2000, GmbHR 2000, 822, 823 f. mit zustimmendem Kurzkommentar Casper, EWIR 2000, 943 944; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 34; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 11; Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 202; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 39; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 21; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1495; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 72; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 20, 30, 60; Ulmer, in FS Rittner, S. 735, 742 ff.; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 52. A. A. dagegen Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 16: Nichtigkeit nur dann, wenn die Einlage noch nicht aufgebracht wurde, im Übrigen komme nur die Anfechtung in Betracht, aaO. Rn. 20; im Sinne der Anfechtung auch OLG Celle, Urteil vom 6.8.1997, GmbHR 1998, 140, 141: Das Gericht geht davon aus, dass der Einziehungsbeschluss nicht von einem Nichtigkeitsgrund betroffen ist. Es sei mangels Abfindungszahlung § 30 I GmbHG noch nicht verletzt, das noch nicht verletzte Verbot ergreife aber im Wege der Vorwirkung den Einziehungsbeschluss; im Sinne der Anfechtung auch Niemeier, ZGR 1990, 314, 334.

¹⁰⁸⁹ Vgl. zur Problematik der Zulässigkeit der Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens des Gesellschafters durch Satzungsregelung, die durch das Urteil des BGH vom 30.6.2003 (DB 2003, 2058) besondere Aufmerksamkeit verdient, unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

¹⁰⁹⁰ Vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058.

dingung zu knüpfen ist, dass der ausgeschlossene Gesellschafter innerhalb angemessener Frist den Gegenwert für seinen Geschäftsanteil im Wege der Abfindungszahlung erhält, um den Gesellschafter davor zu bewahren, aus der Gesellschaft auszuscheiden, ohne sofort den Gegenwert seiner Beteiligung zu erhalten.¹⁰⁹¹

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts nahm eine Verbindung zwischen Abfindungszahlung und Einziehung des Geschäftsanteils über eine Rechtsbedingung, sprich eine gesetzlichen Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einziehung, an.¹⁰⁹² Die Annahme einer aufschiebenden gesetzlichen Bedingung wird seitdem von den Instanzgerichten und von namhaften Autoren in der Literatur vertreten.¹⁰⁹³ Nicht ganz eindeutig ist allerdings, was als Bedingung in diesem Sinne zu verstehen ist. Das Reichsgericht stellt darauf ab, dass „die Auskehrung des Entgelts unter Beachtung des § 30 Abs. 1, § 34 Abs. 3 GmbHG. zu erfolgen habe und nach den finanziellen Verhältnissen der Gesellschaft tatsächlich auch so geschehen könne...“. Maßgeblich wäre damit nicht die Zahlung selbst, sondern die Durchsetzbarkeit.¹⁰⁹⁴ Entscheidend muss allerdings auf die Zahlung selbst abgestellt werden, die nicht aus dem Stammkapital erfolgt sein darf, weil nur so dem Grundsatz der Kapitalbindung hinreichend Rechnung getragen werden kann.¹⁰⁹⁵ Es ist auch nicht recht nachvollziehbar, wann bei anderer Auffassung die Einziehung wirksam werden soll. Teils wird die Konsequenz gezogen, dass der Beschluss dann sogleich wirksam werde,¹⁰⁹⁶ was freilich die Frage aufwirft, warum dann der Beschluss überhaupt einer Bedingung unterworfen werden soll. Wenig Klarheit bringt auch die Entscheidung des Reichsgerichts, denn danach ist das Leistungsversprechen unter dem Vorbehalt wirksam, dass „im Zeitpunkt seiner Erfüllung das Stammkapital hierdurch nicht verkürzt wird“.¹⁰⁹⁷ Jedenfalls die Rechtssicherheit gebietet daher ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Zahlung selbst.

Problematisch an dieser Bedingungstheorie ist allerdings, dass damit unter Umständen ein erheblicher Schwebestand verbunden sein kann, der seinerseits von Rechtsunsicherheit geprägt ist. Fraglich ist, ob die Inkaufnahme von mangelnder Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu Lasten der übrigen Gesellschafter sowie des Rechtsverkehrs unbedingt erforderlich ist, um dem Schutz des ausgeschlossenen Gesellschafters gerecht zu werden. Dies wird vielfach angezweifelt, und nicht zuletzt deshalb in der Literatur nach anderweitigen Lösungsvorschlägen gesucht, die für mehr Rechtsklarheit sorgen sollen.

So wird teilweise versucht, dieses Problem dadurch zu umgehen, dass zwar der Beschluss sogleich wirksam wird, die Gestaltungswirkung der Einziehung jedoch erst mit der Zahlung eintreten soll, die Rechte des betroffenen Gesellschafters somit aufgrund des sofort wirksamen Gesellschafterbeschlusses ruhen, die Vernichtung des Geschäftsanteils aber von der vollständigen Zahlung abhängt.¹⁰⁹⁸ Vor allem wegen der drohenden Gewinnansprüche sowie der Möglichkeit, die Beschlussfassung zu beeinflussen, folgern die Vertreter dieser Auffassung, dass eine der Rechtslage beim Erwerb eigener Anteile vergleichbare Situation gegeben sei, die es rechtfertigt, ein Ruhen der Gesellschafterrechte während der Schwebzeit anzunehmen.¹⁰⁹⁹ Bei genauerer Betrachtung ist

¹⁰⁹¹ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 170, 173 f. zum Ausschlussurteil; vgl. BGH, Urteil vom 20.2.1995, GmbHR 1995, 377, 378; Urteil vom 14.9.1998, GmbHR 1998, 1177, 1178 beide Urteile die Einziehung betreffend; lediglich in dem die Ausschließung betreffenden Urteil spricht der BGH davon, dass die Einziehung unter der gesetzlichen Bedingung steht, dass das Stammkapital erhalten bleibe, BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 173; dies verkennt *Gehrlein*, DB 1998, 2355, 2356, wenn er davon ausgeht, der BGH habe früher schon im Sinne der Bedingung entschieden, richtig dagegen OLG Schleswig, Urteil vom 27.1.2000, NZG 2000, 703, 704.

¹⁰⁹² RG, Urteil vom 24.11.1933, RGZ 142, 186, 290 f.; vgl. zur Rechtsbedingung Palandt-*Heinrichs*, vor § 158 Rn. 5; MünchKomm-*Westermann*, § 158 Rn. 54. Die gesetzliche Bedingung wird von § 34 III GmbHG aufgestellt und besteht in der Fähigkeit der Gesellschaft zur Abfindung, *Ulmer*, in FS Rittner, S. 735, 749, der allerdings eine auflösende Bedingung bejaht, vgl. unten Fn. 1107. Gestaltungsakte sind zwar grundsätzlich bedingungsfeindlich, vgl. MünchKomm-*Westermann*, § 158 Rn. 28; *Soergel-Wolf*, § 158 Rn. 43; dies gilt aber nicht bei Rechtsbedingungen, da sie lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen wiederholen, BGH, Beschluss vom 17.12.1986, BGHZ 99, 236, 239; Palandt-*Heinrichs*, vor § 158 Rn. 13.

¹⁰⁹³ OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996, GmbHR 1996, 609; OLG Zweibrücken, Teilurteil vom 17.5.1996, GmbHR 1997, 939, 942; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.11.1996, GmbHR 1997, 171, 172 mit Anmerkung *Westermann*, EWiR 1997, 301, 302; OLG Hamm, Urteil vom 11.1.1999, NZG 1999, 597, 598; KG Berlin, Beschluss vom 2.8.1999, GmbHR 1999, 1202, 1204; OLG Schleswig, Urteil vom 27.1.2000, NZG 2000, 703, 704 mit Anmerkung *Sosnitza*, NZG 2000, 705; a. A. OLG Hamm, Urteil vom 7.10.1992, GmbHR 1993, 743, 746 f.: für den Fall einer Ausschließung und Einziehung durch Gesellschafterbeschluss: Die Einziehung soll sofort mit der Beschlussfassung wirksam werden; auch OLG München, Urteil vom 8.1.1997, BB 1997, 491, 492 allerdings bei entsprechender Satzungsregelung, vgl. zur Möglichkeit der Satzungsregelung unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

Aus der Literatur: *Goette*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 28.4.1997, DStR 1997, 1336, 1338; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 35; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 12 f.; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10 a; *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, S. 118; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 75; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 53 ff.

¹⁰⁹⁴ RG, Urteil vom 24.11.1933, RGZ 142, 286, 290 f.; vgl. auch *Fichtner*, BB 1966, 146, 148; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 12; *Wolany*, Rechte und Pflichten, S. 90.

¹⁰⁹⁵ Davon geht auch der BGH aus, der entgegen *Kranz*, S. 169 diese Frage gerade nicht offen lässt, sondern nur den Streit nach dem generellen Zeitpunkt der Wirksamkeit, den Streit mithin vielmehr dahingehend formuliert, dass fraglich ist, ob erst durch die Abfindungszahlung selbst die Einziehung Wirksamkeit erlangen soll oder bereits durch die Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses, vgl. BGH, Urteil vom 20.2.1995, GmbHR 1995, 377, 378; so auch die überwiegende Ansicht der Instanzgerichte, vgl. OLG Zweibrücken, Teilurteil vom 17.5.1996, GmbHR 1997, 939, 942; OLG Köln, Urteil vom 21.5.1996, GmbHR 1996, 609; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.11.1996, GmbHR 1997, 171, 172; OLG Hamm, Urteil vom 11.1.1999, NZG 1999, 597, 598 (unklar dagegen noch Urteil vom 20.2.1995, 377, 378) sowie auch der Literatur, vgl. *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 35; *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, S. 118; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 75; etwas unklar *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 53 ff.

¹⁰⁹⁶ Vgl. *Kranz*, S. 169, die sich dabei auf *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1808 bezieht, die allerdings eine ganz andere Auffassung vertreten und von einer generellen Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses ausgehen, vgl. Fn. 1104.

¹⁰⁹⁷ RG, Urteil vom 24.11.1933, RGZ 142, 286, 290.

¹⁰⁹⁸ So *Peetz*, GmbHR 2000, 749, 753; *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1494 kann wohl entgegen *Peetz*, GmbHR 2000, 749, 753, Fn. 59 nicht angeführt werden; sie formulieren hier nur etwas ungenau, setzen sich aber dann mit der Suspensivlösung der h. M. auseinander.

¹⁰⁹⁹ *Peetz*, GmbHR 2000, 749, 753. Vgl. zur Rechtslage beim Erwerb eigener Anteile BGH, Urteil vom 30.1.1995, GmbHR 1995, 291; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 33 Rn. 18; *Lutter/Hommelhoff*, § 33 Rn. 20; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 33 Rn. 44; *Michalski-Sosnitza*, § 33 Rn. 55 ff. *Peetz* wendet gegen die Suspensivlösung auch ein, dass dem Gesellschafter die Abfindung noch nicht zustünde,

dies jedoch keine Gegenmeinung zur Suspensivtheorie, sondern vielmehr nur eine „Spielart“ derselben, wird doch letztlich an dieser festgehalten und nur auf die Rechte des Gesellschafters bis zum Eintritt der Bedingung eingegangen.¹¹⁰⁰

Als weiterer Lösungsweg wird vorgeschlagen, die Einziehung sei mit Beschlussfassung und Mitteilung an den betroffenen Gesellschafter wirksam. Der Gesellschafter sei hinreichend durch die Möglichkeit der Auflösungsklage entsprechend § 61 GmbHG geschützt, wenn sich später herausstellt, dass die Abfindungszahlung nur unter Verstoß gegen § 30 I GmbHG erfolgen kann. Daneben soll dem Gesellschafter das Recht zustehen, Wiederaufnahme in die GmbH zu verlangen.¹¹⁰¹ Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass ein Abstellen auf § 61 GmbHG ein Fortbestehen der Gesellschafterrechte voraussetzt und auch ein Heranziehen des Rechtsgedankens des § 135 HGB¹¹⁰² nicht so recht zu überzeugen vermag im Hinblick auf die Tatsache, dass diese Bestimmung gläubigerschützenden Charakter hat.¹¹⁰³

Ein weiterer Ansatz besteht darin, den Gesellschafter auf die Anfechtung des Beschlusses zu verweisen, es ansonsten bei der bestandskräftigen Zwangseinziehungsentscheidung zu belassen und ihm im Übrigen, für den Fall, dass die Abfindung an § 30 I GmbHG scheitert, einen Anspruch gegen seine früheren Mitgesellschafter einzuräumen, die pro rata ihrer Beteiligung haften.¹¹⁰⁴ Der Verzicht auf die Bestimmungen der §§ 34 III, 30 I GmbHG zugunsten einer Inanspruchnahme der Mitgesellschafter entsprechend einer der Vorbelastungshaftung nachgebildeten besonderen Differenzhaftung, widerspricht jedoch dem zwingenden System der Stammkapitalbindung des GmbHG.¹¹⁰⁵ Das GmbHG kennt nur die Haftung der Gesellschafter – vgl. §§ 9 I, 24, 31 I GmbHG – gegenüber der Gesellschaft, so dass die persönliche Außenhaftung der nach § 13 II GmbHG vorgesehenen Haftungsstruktur widerspricht.¹¹⁰⁶

Auf den ersten Blick viel versprechend ist eine Variante, die statt einer Suspensiv- eine Resolutivbedingung annimmt, die Einziehung also als durch die Nichteinhaltung der Kapitalerhaltungsbestimmungen auslösend bedingt sieht. Der Geschäftsanteil soll mit Rückwirkung wieder aufleben, wenn die Bedingung eintritt, der Gesellschafter folglich so gestellt werden, als ob die Einziehung keine Wirksamkeit erlangt hätte. Falls in der Zwischenzeit irreversible Veränderungen erfolgten, seien die verbliebenen Gesellschafter zum Schadensersatz verpflichtet.¹¹⁰⁷ Diese Lösung hat gegenüber der Suspensivbedingung zwar den Vorteil, dass sie letztlich nur dann Auswirkungen zeigt, wenn wirklich ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vorliegt, während die Annahme einer Suspensivbedingung generell greift und zu einer Verzögerung des Ausscheidens aus der Gesellschaft führt. Als großer Nachteil einer auflösenden Bedingung erweist sich allerdings die Tatsache, dass der Eintritt der Bedingung die Beteiligten vor immense Rückabwicklungsprobleme stellt, was der eigentlich bezweckten Förderung der Rechtssicherheit eher abträglich ist. Dies kann auch durch eine etwaige Schadensersatzverpflichtung nicht kompensiert werden.¹¹⁰⁸

da diese erst mit der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses entstehen und fällig werden könne, GmbHR 2000, 749, 752. Dem kann nicht gefolgt werden. Maßgeblich ist vielmehr der Zeitpunkt des Zugangs der Gestaltungserklärung, vgl. bereits oben Fn. 1068. Mit diesem wird nämlich die Einziehung grundsätzlich wirksam, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 49, 108. Die ganze Diskussion wäre hinfällig ohne fälligen Abfindungsanspruch. Dies verkennet Peetz. Man könnte sich dann nur über ein vorläufige Abfindung „retten“, wie dies teils für die Ausschlussklage vertreten wird, vgl. unten Fn. 1283.

¹¹⁰⁰ Vgl. daher genauer unten 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(cc), S. 117.

¹¹⁰¹ *Grunewald*, Ausschluss, S. 243; dies., GmbHR 1991, 185, 186; *Niemeier*, Einziehung, S. 329 ff.; ders., ZGR 1990, 314, 334, 353, der das Recht zur Auflösung aus §§ 135 HGB i.V.m. 61 GmbHG herleitet; nicht ganz schlüssig, aber in diese Richtung, MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 40, der zwar von einer aufschiebenden Rechtsbedingung ausgeht, bei Nichtzahlung dann aber ein außerordentliches Recht zur Auflösung gemäß § 61 II GmbHG analog bejaht. Der Gedanke eines Auflösungsrechts entspringt wohl der Regelung des § 209 IV RegE GmbHG 1971/73 (BT-Drucks. 6/3088, S. 58 = 7/253, S. 58; vgl. zum Schicksal des RegE bereits oben Fn. 1023), vgl. Scholz-Westermann, § 34 Rn. 54.

¹¹⁰² *Niemeier*, Einziehung, S. 330 f., vgl. Fn. 1101.

¹¹⁰³ *Kesselmeier*, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 200; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 61, Fn. 122 a; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 55. Es stellt sich zudem die Frage, warum dem betroffenen Gesellschafter ein Auflösungsrecht entsprechend § 61 GmbHG zugestanden wird, wenn die Abfindung gegen § 30 I GmbHG verstößt, anstelle eines Festhaltens an der Stellung als Gesellschafter, wie es die Bedingungstheorie fordert, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 75; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 55. Es besteht andererseits auch die Gefahr, dass die übrigen Gesellschafter während des Auflösungsverfahrens die finanzielle Situation zu seinen Lasten verändern, *Ulmer*, in FS Rittner, S. 735, 748. Gegen die Annahme eines Anspruchs auf Wiederaufnahme spricht schon, dass nicht ersichtlich ist, wie ein solcher Anspruch dogmatisch herzuleiten ist. Zudem ist dies dem betroffenen Gesellschafter aufgrund möglicher zwischenzeitlicher Änderungen der Gesellschaft, die ohne seine Mitwirkung erfolgten, nicht zuzumuten, *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 36.

¹¹⁰⁴ *Goette*, in FS Lutter, 399, 405 ff., 410 im Gegensatz zu seiner früheren, für die Suspensivwirkung eintretenden Auffassung, vgl. noch Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 28.4.1997, DStR 1997, 1336, 1338; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 34 Rn. 20 ff. [Der Erfolg einer Anfechtung sei gegeben, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, die Zahlung der Abfindung könne nur aus gebundenem Vermögen erfolgen. Für diesen Fall nimmt die absolut herrschende Meinung allerdings ohnehin Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses an, so dass sich kein Folgeproblem mehr stellt, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(aa), S. 113]; in diesem Sinne wohl auch *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1807; ähnlich auch *Kesselmeier*, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 212 ff.: Sie geht davon aus, dass ein direkter Anspruch gegen die GmbH trotz § 30 I GmbHG bestehe, die übrigen Gesellschafter der GmbH jedoch anteilig für den Fehlbetrag haften; in diese Richtung auch schon *Fischer*, in FS Walter Schmidt, S. 117, 132; *Immenga*, S. 311 (beide die Ausschließung betreffend); vgl. auch *Roth*, ZGR 1999, 715, 720. Vgl. zur Problematik, welche Wirkungen eine erfolgreiche Anfechtungsklage hat, *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1806 f. m.w.N.

¹¹⁰⁵ *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 36; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 61; vgl. zur Vorbelastungshaftung *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 11 Rn. 56. Daneben muss auch in die Überlegung einfließen, dass es im Falle der Zwangseinziehung meist der betroffene Gesellschafter sein wird, der den Anlass für seinen Ausschluss gegeben hat. Es ist den Mitgesellschaftern dann nicht zuzumuten, den Gesellschafter nur um den Preis der eigenen Haftung ausschließen zu können, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 75; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 55.

¹¹⁰⁶ *Kranz*, S. 173; diese Problematik erkennt auch *Fischer*, in FS Walter Schmidt, S. 117, 132 f.

¹¹⁰⁷ *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 61 m.w.N. zur Zulässigkeit einer rückwirkenden auflösender Rechtsbedingung; ders., in FS Rittner, S. 735, 748 ff.

¹¹⁰⁸ So müsste, weil die Einziehung als nicht erfolgt zu behandeln ist, der Erwerber eines neu gebildeten Anteils als von Anfang an außenstehend behandelt werden, die [bei gleich bleibender Stammkapitalziffer, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90 sowie unten 2. Kapitel:

Auch die der Suspensivkonstruktion des Reichsgerichts vermeintlich überlegenen Lösungen führen ihrerseits zu Problemen, die es als fraglich erscheinen lassen, ob man es nicht doch bei der Bedingungstheorie belassen sollte. Es geht im Folgenden darum, unter den aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten diejenige auszuwählen, die der Ideallösung am nächsten kommt, sprich einen Ausgleich zwischen den Interessen des betroffenen Gesellschafters und der Gläubiger unter Berücksichtigung von Gesellschaft und Mitgesellschaftern gewährleistet. Eine Stellungnahme zu dieser Problematik darf auch den Gesichtspunkt nicht außer Acht lassen, dass jede Verzögerung zu einer jedenfalls zeitweiligen Störung der Beteiligungs- und Gesellschafteridentität in KG und GmbH führt, zumal der betroffene Gesellschafter nach der gesetzlichen Rechtslage mit Kündigung des pfändenden Gläubigers aus der KG ausscheidet, § 131 III 1 Nr. 4 iVm. § 161 II HGB.¹¹⁰⁹

Eine Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Ansätze führt dabei zur Suspensivlösung als geringstes Übel. Die anderen Lösungsansätze stellen mit Ausnahme der Resolutivlösung Konstruktionen dar, die sich nur schwer in Einklang mit den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts bringen lassen. Die mit der Annahme einer auflösenden Bedingungen verbundenen Vorteile werden leider durch die Rückabwicklungsprobleme in negativer Hinsicht überkompensiert, was nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen ist, dass es, anders als im Recht der Personengesellschaften, an einem Institut wie der fehlerhaften Gesellschaft fehlt, die gerade aus Gründen der Rechtssicherheit die schwierigen Rückabwicklungsprobleme vermeiden soll. Die Annahme einer auflösenden Bedingung wird daher einem Interessenausgleich nicht gerecht, da sie die Praktikabilität ungleich schwerer gefährdet als die Suspensivlösung.¹¹¹⁰

Man mag den Kritikern der Suspensivlösung zwar insoweit beipflichten, als der BGH für den Fall, dass die Satzung anstelle eines Ausschlusses einen bloßen Gesellschafterbeschluss setzt,¹¹¹¹ die Wirkungen des Beschlusses sofort, also ohne Abhängigkeit von der Abfindungszahlung eintreten lässt,¹¹¹² zumal die Einziehung nur ein Weg der Ausschließung des Gesellschafters ist.¹¹¹³ Solange der BGH seine Rechtsprechung allerdings nicht ausdrücklich auf die Einziehung erweitert hat, ergeben sich daraus keine notwendigen Konsequenzen, zumal vor allem auch insoweit Unterschiede bestehen, als die bloße Ausschließung noch nachfolgend eine Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils erfordert, sie selbst also noch nicht zur Vernichtung des Geschäftsanteils führt.¹¹¹⁴ Der BGH konnte die Frage in seiner letzten Entscheidung in dieser Sache zwar letztlich offen lassen, weil er eine vorrangige Satzungsbestimmung gegeben sah, hat jedoch ausdrücklich bestätigt, dass „die Wirksamkeit der sog. entgeltlichen Einziehung nach überwiegender Auffassung...unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Abfindungsentgelts stehen soll“. Er hat somit dieser Auffassung nicht widersprochen, wenngleich er auch anführt, dass dies „zu einer schwierigen Schwebelage“ führt.¹¹¹⁵ Der BGH hat zumindest keinen Anlass gegeben, von der hier vertretenen Linie abzurücken, da er die Problematik letztlich der Vertragsgestaltung überlassen hat.

Für die Suspensivlösung lässt sich auch anführen, dass der Gesetzgeber selbst in seinem nicht verwirklichten GmbHG-Reformvorhaben die Verknüpfung von Ausschluss eines Gesellschafters und Abfindung im Wege einer aufschiebenden Bedingung als sinnvoll betrachtet hat.¹¹¹⁶ Zudem hat der Gesetzgeber diese Lösung sogar an einem, wenn auch sehr versteckten und daher kaum beachteten Ort für einen Spezialfall kodifiziert, nämlich in § 18 III 5 des 5. Vermögensbildungsgesetzes.¹¹¹⁷ Danach endet die Mitgliedschaft im Falle der Kündigung erst mit der vollständigen Zahlung der Abfindung. In der amtlichen Begründung heißt es: „Die Gesellschaft kann nach Wirksamwerden der Kündigung nach ihrer Wahl den Geschäftsanteil einziehen oder an sich, Mitgesellschafter oder Dritte abtreten.“¹¹¹⁸ Wenn nun die Mitgliedschaftsrechte erst mit Abfindung enden sollen, die Gesellschaft aber schon vorher zur Einziehung berechtigt sein soll, so ergibt sich eine Schnittmenge aus beiden nur dann, wenn man eine aufschiebende Bedingung zulässt.¹¹¹⁹

Der Schwebezustand muss daher letztlich als Kompromisslösung hingenommen werden.

V.1.b)ee(4), S. 120] verhältnismäßige Vergrößerung der Geschäftsanteile der Mitgesellschafter würde wegfallen, folglich wäre die Trägerschaft von Rechten und Pflichten völlig neu zu überdenken, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 36; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 75; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 55 a.

¹¹⁰⁹ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79.**

¹¹¹⁰ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 55 a.

¹¹¹¹ Vgl. hierzu unten **2. Kapitel: V.1.b)ff(3), S. 133.**

¹¹¹² BGH, Urteil vom 25.1.1960, BGHZ 32, 17, 23; Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881; Urteil vom 9.7.1990- II ZR 194/89, BGHZ 112, 103, 111.

¹¹¹³ Goette, GmbH, § 5 Rn. 87. Zu den Ausschlussmöglichkeiten Wolff, GmbHR 1999, 958, 959 Fn. 7.

¹¹¹⁴ Vgl. unten **3. Kapitel: I.3.b), S. 202.**

¹¹¹⁵ BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058.

¹¹¹⁶ Vgl. § 208 I 1 RegE GmbHG 1971/73 (BT-Drucks. 6/3088, S. 57 = 7/253, S. 57; vgl. zum Schicksal des RegE bereits oben Fn. **1023**), hierzu Gehrlein, DB 1998, 2355, 2356. Das Gesetz spricht allerdings von vorläufiger Abfindung, vgl. hierzu Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 31 f.; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 36 sowie unten Fn. **1283.**

¹¹¹⁷ Vgl. BGBl. I 1994, S. 407.

¹¹¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 12/5764, S. 35.

¹¹¹⁹ Bösert, GmbHR 1984, 293, 297; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 75, Fn. 245.

(cc) Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters: Problematik des automatischen Ruhens der Mitgliedschaftsrechte¹¹²⁰

Die Bedingungstheorie zwingt eigentlich – mangels gegenteiliger Satzungsregelung¹¹²¹ – zu der Annahme, dass bis zur vollständigen Zahlung des Einziehungsentgelts der betroffene Gesellschafter Inhaber sämtlicher Mitgliedschaftsrechte bleibt und diese auch ausüben kann. Dies ist allerdings insoweit problematisch, als sich die Gesellschaft in der Satzung häufig die Möglichkeit zur Ratenzahlung offen hält, was grundsätzlich zulässig ist.¹¹²² Es kann daher zu langen Übergangsphasen führen, insbesondere, wenn über die Frage der Einhaltung der Einziehungsvoraussetzungen sowie über die Höhe der Abfindung – wie meist – gerichtlich gestritten wird. Dies ist wiederum im Hinblick auf die Beibehaltung der Gesellschafter- und Beteiligungsidentität problematisch, weil der Kommanditist aus der KG mit Kündigung durch den Privatgläubiger ausscheidet mit der Folge der Anwachsung bei den verbleibenden Gesellschaftern, §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 4 HGB iVm. §§ 161 II, 105 III HGB, 738 I BGB.¹¹²³ Der Gesellschafter hat in dieser Zeit einen entsprechenden Anspruch auf Gewinnausschüttung und kann vor allem während dieser Zeit selbst an der Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung mitwirken. Als Mehrheitsgesellschafter hätte er somit sogar die Möglichkeit, gegen den Willen der verbleibenden Gesellschafter vorhandene Gewinne auszuschütten.¹¹²⁴

Dies wirft die Frage auf, welche Stellung dem Interimgesellschafter nun wirklich zukommt. Einigkeit besteht nur insoweit, als die Gesellschafterrechte jedenfalls dann wiederaufleben, wenn sich herausstellt, dass die Abfindungszahlung nicht ohne Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften erfolgen kann.¹¹²⁵ Die Problematik ist höchstrichterlich noch nicht geklärt.

Vor allem wegen der drohenden Gewinnansprüche sowie der Möglichkeit, die Beschlussfassung zu beeinflussen, wird teils auch von Verfechtern der Bedingungstheorie ein Ruhen der Rechte vertreten.¹¹²⁶ Für diese Ansicht lässt sich anführen, dass wenigstens ein Ruhen der Gesellschafterrechte angemessen ist, zumal eigentlich sämtliche Voraussetzungen für den Ausschluss des Gesellschafters vorliegen, die Einziehung lediglich an der Liquidität der Gesellschaft scheitert. Es ist aber nicht recht einzusehen, dass die Gesellschafterrechte, bei sonst gleicher Situation, nur davon abhängig sein sollen, ob die Gesellschaft Mittel außerhalb der Kapitalbindung aufweisen kann. Der Anlass für den Ausschluss bleibt derselbe. Diese Ansicht hätte den Vorteil einer Annäherung an die Rechtslage in der KG, weil der betroffene Gesellschafter „kaltgestellt“ ist.¹¹²⁷ Ein Bestehenbleiben der Gesellschafterrechte würde sich zudem für die Mitgesellschafter doppelt negativ auswirken, da der Gesellschafter am Erfolg des Geschäftsjahrs doppelt teilnimmt. Zum einen würde er für die der Abfindungsberechnung zugrundeliegenden Zeitspanne am Gewinn teilnehmen, zum anderen wirkt sich dieser Gewinn über die regelmäßig zugrundeliegende Ertragswertmethode auch auf die Abfindungsberechnung aus.¹¹²⁸

Andererseits tritt die Wirksamkeit des Ausschlusses eben erst mit der Zahlung der Abfindung ein. Der Gesellschafter bleibt somit bis zu diesem Zeitpunkt Gesellschafter. Auch wenn dies der Interessenlage der übrigen Gesellschafter widersprechen mag, so kann der betroffene Gesellschafter gerade in dieser Situation ein berechtigtes Interesse an der Mitwirkung bei Beschlüssen haben, insbesondere, wenn diese etwa seinen Abfindungsanspruch betreffen. Zudem stellt sich die Frage, wie sich das Ruhen der Gesellschafterrechte ohne eine satzungsrechtliche Grundlage dogmatisch begründen lässt. Es darf nicht das wirtschaftlich Wünschenswerte dem rechtlich Möglichen übergeordnet werden, zumal die gegenteilige Auffassung kaum begründen kann, wie Beschlüsse, die in die Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafters eingreifen, diesem gegenüber auch dann Wirksamkeit haben sollen, wenn die Einziehung letztlich an der Stammkapitalbindung scheitert.¹¹²⁹

Entscheidend ist somit, ob man sich auf einen eher formalen Standpunkt stellt und als maßgebliches Kriterium das erst mit der Abfindungszahlung eintretende Ende der Mitgliedschaft ansieht, oder ob man sich eher von der

¹¹²⁰ Vgl. zur vergleichbaren Problematik im Falle des Gesellschafteraustritts oben **2. Kapitel: IV.1.c)ff), S. 56**.

¹¹²¹ Vgl. hierzu unten **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d), S. 118**.

¹¹²² Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 22; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 34; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 114; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 70; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 84; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 31; Scholz-Winter, § 15 Rn. 128 mit jeweils weiteren Nachweisen; vgl. zu den Grenzen, die durch die allgemeinen Schranken für Abfindungsbeschränkungen gezogen werden oben **Fn. 1076**. Vgl. zu einer entsprechenden Klausel Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20, § 23 i.V.m. Anm. 62; Hopt-Volhard, Form II.D.3., § 15 IV.

¹¹²³ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79** bzw. genauer im Rahmen der Vertragsgestaltung der KG, die von der gesetzlichen Regelung abweicht, unten **2. Kapitel: V.1.c), S. 145**.

¹¹²⁴ Vgl. Peetz, GmbHR 2000, 749, 752, der allerdings weitergehend die Auffassung vertritt, dass der Einziehungsbeschluss sofort wirksam wird und nur die Vernichtung des Geschäftsanteils die vollständige Zahlung der Abfindung voraussetzt, Peetz, GmbHR 2000, 749, 753, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113**.

¹¹²⁵ Peetz, GmbHR 2000, 749, 753; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 56.

¹¹²⁶ Tschernig, GmbHR 1999, 691, 694; in diesem Sinne auch Scholz-Westermann, § 34 Rn. 53, 56.

¹¹²⁷ Scholz-Westermann, § 34 Rn. 56.

¹¹²⁸ Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 119; vgl. zur Berechnung der Abfindung, insbesondere zur Ertragswertmethode, bei der man aus den in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Erträgen im Rahmen einer Prognose unter Berücksichtigung erkennbarer positiver oder negativer Entwicklungsfaktoren auf die zukünftigen nachhaltig erzielbaren Erträge schließt und diese kapitalisiert, BGH, Urteil vom 24.9.1984, NJW 1985, 192, 193; Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 370 f.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 20; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 23 Rn. 25, 29 f.; Michalski-Sosnitzka, § 34 Rn. 45; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 73 mit jeweils weiteren Nachweisen. Übersichtlich zu den verschiedenen Bewertungsmethoden MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 23 Rn. 18 ff.; Kranz, S. 130 ff.

¹¹²⁹ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 325 f. für den Fall der Kündigung und anschließender Einziehung oder Übernahme durch Mitgesellschafter; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 26.11.1996, GmbHR 1997, 171, 172 mit zustimmender Anmerkung von H. P. Westermann, EWIR 1997, 301, 302; Harst, GmbHR 1987, 183, 186; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 35; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 10 b.

Erwägung leiten lässt, dem Gesellschafter solle letztlich aus einem Liquiditätsengpass der Gesellschaft kein Vorteil erwachsen, zumal der Grund für den Ausschluss in seiner Person zu suchen ist.

Weil ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte den Gesellschafter der Gefahr aussetzt, für ihn nachteilige Entscheidungen nicht verhindern zu können, müssen ihm auch diese Rechte bis zu seinem tatsächlichen Ausscheiden zuerkannt werden, da ihn schließlich auch die Pflichten aus §§ 21, 24, 31 III GmbHG weiterhin treffen. Dem Umstand, dass sich die Interessenlage zu Lasten des Gesellschafters verschoben hat, weil die Einziehung und damit der Verlust der Rechte nur noch von der Abfindungszahlung abhängt, kann auch auf andere Weise Rechnung getragen werden. Wegen der den Gesellschafter bis zu seinem Ausscheiden treffenden Treuepflicht ist dieser auf eine Mitwirkung an den ihn wirtschaftlich tangierenden Entscheidungen beschränkt. Wenn seine Vermögensinteressen nicht berührt werden, darf er nicht ohne triftigen Grund gegen sachlich vertretbare Maßnahmen stimmen.¹¹³⁰ Dogmatisch lässt sich ein Ruhen der Rechte zudem nur schwer begründen, da die gestaltende Wirkung aus dem Einziehungsbeschluss folgt. Solange die Bedingung nicht eintritt, lässt sich kaum erklären, warum dessen Wirkung schon vorher automatisch eintreten sollte. Auch der BGH stellt in seinem Urteil zur Ausschlussklage klar, dass der Einziehungsbeschluss unter einer gesetzlichen Bedingung stehe und in das Ausschlussurteil eine Bedingung aufzunehmen sei.¹¹³¹ Ohne Satzungsregelung ist die Annahme eines Ruhens daher verfehlt.¹¹³²

(d) Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Rechtsstellung des Gesellschafters

(aa) Gesellschaftsvertragliche Anordnung des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte¹¹³³

Letztlich wird man die Lösung der Vertragsgestaltung überlassen müssen, solange die Frage des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte nicht explizit höchstrichterlich geklärt ist, zumal ansonsten neben die Problematik der Abfindung noch das Stimmrecht als potentieller Streitpunkt tritt.¹¹³⁴ Damit sind praktische Schwierigkeiten für das Registergericht im Hinblick auf Satzungsänderungen verbunden, wenn nicht klar ist, ob der auszuschließende Gesellschafter nun mitstimmen musste/durfte oder nicht.¹¹³⁵ Es ist dabei eine Interessenabwägung vorzunehmen, in die das Interesse des Gesellschafters, seinen Geschäftsanteil nur gegen Abfindung zu verlieren, und das Interesse der Gesellschaft, ihr Finanzierungspotential voll ausschöpfen zu können, ohne den Nachteil einer Verzögerung des Ausscheidens des Gesellschafters hinnehmen zu müssen, einfließen. Ein interessengerechter Ausgleich liegt für die Gesellschafter darin, sich im Voraus gesellschaftsvertraglich abzusichern, indem für die Zeit zwischen Erklärung der Einziehung und vollständiger Zahlung der Abfindung der betroffene Gesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben darf, zumindest sein Stimmrecht eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Einem Stimmrechtsausschluss des GmbH-Gesellschafters stehen mit Ausnahme des § 53 III GmbHG keine Schranken entgegen, insbesondere greift die Kernbereichslehre hier nicht ein.¹¹³⁶ Der Gesellschafter wird dadurch auch nicht schutzlos gestellt, weil auch den Mitgesellschaftern bei Beschlüssen, die in die Rechtsstellung des auszuschließenden Gesellschafters eingreifen, durch die gesellschaftliche Treuepflicht Grenzen gesetzt sind.¹¹³⁷

Einem gesellschaftsvertraglich angeordneten Ruhen der Rechte muss auch ein Ruhen der Pflichten entsprechen, wenn dem Gesellschafter schon die Mitwirkungsbefugnis genommen ist.¹¹³⁸ Dies ist zwar insoweit problematisch, als mit dem Zeitpunkt, zu dem klar ist, dass die Abfindung nicht gezahlt werden kann, nicht nur die Gesellschafterrechte, sondern auch die Gesellschafterpflichten wieder aufleben, so insbesondere auch die subsidiäre Haftung aus § 31 III GmbHG. Der Kritik¹¹³⁹ kann jedoch dadurch begegnet werden, dass im Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern eine Entlastung zugunsten desjenigen Gesellschafters erfolgt, der im haftungsbegründenden Zeitraum keine Kontrollmöglichkeit aufgrund des Ruhens seiner Rechte hatte.¹¹⁴⁰ Dadurch wird ein Gleichlauf mit der KG gewährleistet.

¹¹³⁰ BGH, Urteil vom 16.10.1983, BGHZ 88, 320, 327 f.: auch, wenn das Urteil nicht genau den hier diskutierten Fall betrifft, sondern die Rechtsfolgen einer satzungsmäßigen Kündigung, so passt der Rechtsgedanke auch hier, vgl. *H. P. Westermann*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26. 11. 1996, EWIR 1997, 301, 302; vgl. auch *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1495; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 56.

¹¹³¹ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 173 f.

¹¹³² *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 75.

¹¹³³ Vgl. auch schon zum Gesellschafteraustritt oben **2. Kapitel: IV.1.c)gg(1), S. 58**.

¹¹³⁴ *Harst*, GmbHHR 1987, 183, 186; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 35; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10 b; *Peetz*, GmbHHR 2000, 749, 753; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 46; *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1495; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 75, 113; *Tschernig*, GmbHHR 1999, 691, 694; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 56.

¹¹³⁵ Vgl. *Harst*, GmbHHR 1987, 183, 186, allerdings abstellend auf die Frage, ob nun die Gesellschafterstellung noch besteht oder nicht.

¹¹³⁶ **2. Kapitel: I.3.c)cc(2)(b)(aa), S. 26**.

¹¹³⁷ BGH, Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320 (Leitsatz), 325 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 10 b; *Peetz*, GmbHHR 2000, 749, 753; *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1495; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 75, 113; a. A. *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 46, der während des Schwebezustandes einen Ausschluss des Stimmrechts des Gesellschafters auch durch eine Satzungsbestimmung ablehnt, allerdings ohne dies näher zu begründen. Er hält allerdings unter Verweis auf *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 29 (Ausschlussklage), ein Stimmrechtsverbot im Wege einer einstweiligen Verfügung für möglich, wenn die Zwangseinziehung wegen eines wichtigen, in der Person des Gesellschafters liegenden Grundes erfolgt.

Vgl. zu den Grenzen der Anordnung des Ruhens bereits oben zum Austritt **2. Kapitel: IV.1.c)gg(1), S. 58**.

¹¹³⁸ Darauf weist *Niemeier*, Einziehung, S. 327 zutreffend hin, der im Übrigen ohnehin eine andere Auffassung vertritt, vgl. oben Fn. **1101**.

¹¹³⁹ Vgl. wiederum *Niemeier*, Einziehung, S. 327 Fn. 56.

¹¹⁴⁰ *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 56.

(bb) Gesellschaftsvertragliche Bestimmung des Zeitpunkts des Ausscheidens

Unproblematisch wäre die Rechtslage freilich, wenn darüber hinaus der Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters unabhängig von der Abfindungszahlung in der Satzung festgelegt werden könnte. Anbieten würde sich hierbei die Festlegung auf den Zeitpunkt der Mitteilung des Einziehungsbeschlusses an den Betroffenen, da dies der Zeitpunkt ist, zu dem der Gesellschafter grundsätzlich ausscheiden soll.¹¹⁴¹ Dass hier ein äußerst sensibler Bereich der Vertragsgestaltung tangiert ist, zeigt schon die Tatsache, dass die Zulassung dieser Möglichkeit nicht mehr das Ergebnis einer gerechten Abwägung zwischen den Interessen des betroffenen Gesellschafters und derjenigen der Verbleibenden ist, wie dies noch im Rahmen der Anordnung eines Ruhens der Mitgliedschaftsrechte der Fall ist. Vielmehr besteht die Gefahr, dass Ersterer „leer“ ausgeht. Umso unverständlicher ist es, dass der BGH in seinem Urteil vom 30.6.2003¹¹⁴² die Zulässigkeit einer von der Bedingungstheorie abweichenden Satzungsregelung mit kaum mehr als einem Satz feststellt.¹¹⁴³

Auf den ersten Blick ist man freilich geneigt, die Frage nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens nicht unabhängig von der Frage nach einer möglichen Verletzung der Kapitalerhaltungsbestimmungen und damit einer Gefährdung des Abfindungsanspruchs des betroffenen Gesellschafters zu beantworten. Eine andere Auffassung liefe letztlich auf ein Ermessen der Gesellschafter hinaus, ohne Rücksicht auf die Frage, ob die Abfindung überhaupt aus dem ungebundenen, nicht dem Verbot der §§ 34 III, 30 I GmbHG unterliegenden, Vermögen bezahlt werden kann, die Zwangseinziehung zu beschließen.¹¹⁴⁴ Folge wäre eine weitgehende Rechtlosstellung des Gesellschafters und ein Verstoß gegen den Grundsatz, dass der Betroffene nicht seine Stellung als Gesellschafter und den in dieser Stellung enthaltenen Vermögenswert zusammen verlieren soll.¹¹⁴⁵ Dies wird teilweise auch von den Befürwortern erkannt und daher eine Regelung, die die Wirkung des Einziehungsbeschlusses zeitlich vorverlagert, nur dann für möglich gehalten, wenn gesichert ist, dass mit der Zahlung das Stammkapital nicht angegriffen wird.¹¹⁴⁶

Auch die Argumentation, die Gesellschafter hätten sich durch die Einführung der Satzungsbestimmung bewusst dafür entschieden, die Gesellschaftsinteressen in den Vordergrund zu stellen und nähmen daher in Kauf, im Falle der Einziehung den Abfindungsanspruch zeitweilig nicht durchsetzen zu können,¹¹⁴⁷ hat zwar einiges für sich. Vor allem ist die Annahme eines antizipierten Einverständnisses mit einer bestimmten Situation im GmbH-Recht kein ungewöhnliches Argumentationsmuster im Gesellschaftsrecht.¹¹⁴⁸ Doch ist zweifelhaft, ob der satzungsmäßigen Vereinbarung wirklich ein Einverständnis dieses Inhalts beizumessen ist. Es darf vor allem nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei der Festlegung auf den Zeitpunkt der Mitteilung des Beschlusses grundsätzlich um gar keine Besonderheit handelt, sondern dies der eigentliche, nach dem Gesetz maßgebliche Zeitpunkt für die Wirksamkeit der Einziehung ist, da hierdurch bei ausreichender Finanzstärke der Gesellschaft die Wirkungen der Einziehung ausgelöst werden.¹¹⁴⁹ Die Gesellschafter stellen somit nur die eigentliche gesetzliche Lage klar.

Darüber hinaus wird es häufig nicht nur dabei bleiben, dass der betroffene Gesellschafter lediglich zeitweilig seinen Anspruch nicht geltend machen kann, sondern auf Dauer, wenn sich die finanzielle Situation auf unabsehbare Zeit verschlechtert. Dessen wird sich der Gesellschafter bei der Gründung der GmbH oder bei dessen Beitritt kaum bewusst sein, so dass seiner Erklärung auch kein derartiger Inhalt beigemessen werden kann, zumal damit den übrigen Gesellschaftern ein Mittel an die Hand gegeben würde, den nicht mehr geschätzten Gesellschafter letztlich auch unentgeltlich ausschließen zu können, ohne dass die Voraussetzungen hierfür¹¹⁵⁰ vorliegen müssen. Dem Betroffenen bliebe dann lediglich die Auflösungsklage nach § 61 GmbHG.

Die Zulässigkeit kann auch nicht auf das Urteil des BGH vom 26.10.1983 gestützt werden,¹¹⁵¹ da sich dieses zum einen mit der Frage der Kündigung seitens des Gesellschafters befasste und vor allem lediglich feststellte, dass eine Regelung, die den Zeitpunkt der Beendigung der Mitgliedschaft festlegt, fehlt. Das Urteil setzt sich nicht da-

¹¹⁴¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(2), S. 106.

¹¹⁴² DB 2003, 2058.

¹¹⁴³ In diesem Sinne schon vor der grundlegenden Entscheidung des BGH: OLG München, Urteil vom 8.1.1997, BB 1997, 491, 492; *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1807; *Harst*, GmbHR 1987, 183, 186; *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 694. So wird teils eine Regelung für zulässig erachtet, nach der der ausscheidende Gesellschafter die Einziehung unter Stundung der Abfindungszahlung, solange diese gegen § 30 I GmbHG verstößt, hinzunehmen hat, vgl. Münchener Vertragshandbuch I-*Heidenhain/Meister*, IV.20, § 23 III i.V.m. Anm. 63 i.V.m. IV. 19 Anm. 58. Keinen Sinn macht in diesem Zusammenhang eine Klausel, die eine Sicherheitsleistung zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters vorsieht (Münchener Vertragshandbuch I-*Heidenhain/Meister*, IV.20, § 23 IV i.V.m. Anm. 62), da der Einziehungsbeschluss ohnehin durch die Abfindungszahlung bedingt ist, vgl. richtig *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, § 13, S. 120.

¹¹⁴⁴ Wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht ohne Verstoß gegen die Stammkapitalbindung erfolgen kann, so ist der Beschluss ohnehin nichtig, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(aa), S. 113.

¹¹⁴⁵ KG Berlin, Beschluss vom 2.8.1999, GmbHR 1999, 1202, 1205; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 35; auch *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 46, nach denen nicht einmal das Stimmrecht während des Schwebezustands ausgeschlossen werden kann; die Zulässigkeit einer solchen die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Einziehung von der Abfindungszahlung lösenden Regelung anzweifelt auch *Peetz*, GmbHR 2000, 749, 753. Vgl. zu dem angesprochenen Grundsatz *Bösert*, GmbHR 1994, 293, 297; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 34; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 53.

¹¹⁴⁶ *Fingerhut/Schröder*, BB 1997, 1805, 1807.

¹¹⁴⁷ *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 694.

¹¹⁴⁸ Vgl. nur oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5)(a), S. 17.

¹¹⁴⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(2), S. 106.

¹¹⁵⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. Seite 110. Dieses Argument wird freilich dadurch entkräftet, dass der Einziehungsbeschluss ohnehin nichtig ist, wenn bereits zum Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht ohne Verstoß gegen die Kapitalaufbringungs- und erhaltungsbestimmungen erfolgen kann, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(aa), S. 113.

¹¹⁵¹ BGHZ 88, 320, 322, so aber OLG München, Urteil vom 8.1.1997, BB 1997, 491, 492.

mit auseinander, unter welchen Voraussetzungen eine solche Regelung zulässig wäre und hat daher insoweit auch keine Aussagekraft.

Es bleibt somit nur der Vergleich zum Ausschluss des Gesellschafters in anderen Fällen, den auch der BGH heranzieht. So führt er aus:¹¹⁵² „Jedenfalls kann aber die Satzung eine hiervon (gemeint ist die durch die Bedingungstheorie eintretenden Schwebelage – Anmerkung des Verfassers) abweichende Regelung treffen und selbst für den Fall des Ausschlusses des Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss anordnen, dass der Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert.“ Soweit der II. Senat sich dabei auf das Urteil vom 25.1.1960¹¹⁵³ beruft,¹¹⁵⁴ kann dies nicht als Beleg angeführt werden, kommt doch darin nur die ständige Rechtsprechung des BGH zum Ausdruck, dass die Ausschließung des GmbH-Gesellschafters per Beschluss sofortige Wirksamkeit erlangt.¹¹⁵⁵ Von einer Festlegung des Zeitpunkts des Verlustes der Gesellschafterstellung ist daher in dieser Entscheidung keine Rede. Ein Gegenargument kann der II. Senat auch seinem Urteil vom 20.6.1983¹¹⁵⁶ nicht entnehmen.¹¹⁵⁷ Hier hält der BGH zwar hinsichtlich der Abtretung eine Regelung für zulässig, die auch den Zeitpunkt des Rechtsverlustes regelt. Doch betont er gerade die Besonderheit, dass die Stammkapitalbindung nicht gefährdet ist, weil Abfindungsschuldner nicht die GmbH ist und somit der Abfindungsanspruch im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsbestimmungen nicht vergleichbar gefährdet ist.¹¹⁵⁸

Wenn auch die dogmatische Rechtfertigung der Zulässigkeit entsprechender Satzungsregelungen nach diesen Ausführungen mehr als fragwürdig erscheint bzw. das angesprochene Urteil des BGH eine solche mehr oder weniger vermissen lässt, so muss die Kautelarjurisprudenz dennoch mit diesem Ergebnis „leben“. Letztlich hat der BGH durch sein Urteil zumindest – endlich, so möchte man hinzufügen – für Rechtsklarheit gesorgt, kann schließlich nunmehr die für alle Beteiligten teils unerträgliche Schwebelage, die die Bedingungstheorie häufig zur Folge hat, durch eine entsprechende Regelung in der Satzung vermieden werden. Der II. Senat hat in seinem Urteil der Auslegung von Satzungsbestimmungen absoluten Vorrang vor allgemeinen Erwägungen zu gesetzlichen Regelungen eingeräumt und damit einen entscheidenden Beitrag zur Stärkung der Privatautonomie im gesellschaftsvertraglichen Bereich geleistet.¹¹⁵⁹ Auf diese Weise besteht nun die Möglichkeit, für sämtliche Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters – das Urteil des BGH erging anlässlich der Kündigung eines Gesellschafters – den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beendigung der Mitgliedschaft festzulegen. Die Mitgliedschaft kann somit nicht nur per Ausschließungsbeschluss, sondern bei entsprechender vertraglicher Gestaltung auch per Einziehung mit sofortiger Wirkung beendet werden.¹¹⁶⁰

(4) Rechtsfolgen der wirksamen Zwangseinziehung¹¹⁶¹

Der betroffene Gesellschafter verliert aufgrund der Vernichtung des Geschäftsanteils die Mitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten, die durch sie vermittelt werden.¹¹⁶² Ausgenommen sind bereits vor der Einziehung wirksam entstandene Ansprüche, die sich gegenüber dem Geschäftsanteil verselbstständigt haben. Gleiches gilt für Ansprüche aus Drittgeschäften zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.¹¹⁶³ Auch bleiben Verpflichtungen des

¹¹⁵² Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058.

¹¹⁵³ Urteil vom 25.1.1960, BGHZ 32, 17.

¹¹⁵⁴ Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058 Fn. 6.

¹¹⁵⁵ BGHZ 32, 17, 23; vgl. oben Fn. 1112 sowie unten 3. Kapitel: I.3.b), S. 202.

¹¹⁵⁶ NJW 1983, 2880.

¹¹⁵⁷ Vgl. Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058; so auch *Harst*, GmbHR 1987, 183, 186.

¹¹⁵⁸ Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881. Letztlich geht es auch in dem Sachverhalt, der dem Urteil vom 30.6.2003 zugrunde liegt, wie der BGH richtig erkennt, nicht um eine Einziehung, sondern um die Abtretung des Geschäftsanteils. Umso unverständlicher ist es, dass der BGH nur feststellt, dass die §§ 34 III, 30 I GmbHG entsprechende Anwendung finden (DB 2003, 2058, 2059), dann aber mit keinem Wort mehr darauf eingeht, dass sich doch gerade auch dann die Frage nach einer aufschiebenden Bedingung stellt. Er geht wie selbstverständlich auch hier von einem Vorrang der Satzungsregelung aus.

¹¹⁵⁹ *Blöse/Kleinert*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.6.2003, GmbHR 2003, 1064, 1065: Soweit sie allerdings davon sprechen, ein quasi – synallagmatischer Zusammenhang sei abzulehnen, so ist diese Formulierung mit Vorsicht zu genießen, wenngleich sie freilich im Zusammenhang mit dem Urteil zutreffend ist. Doch lag der Entscheidung ein Vergleich, der die Austrittsfolgen regelte, zugrunde. Im Normalfall findet sich eine Abfindungsregelung schon in der Satzung und es kommt zu keiner weiteren Vereinbarung.

¹¹⁶⁰ Vgl. zum Verhältnis Einziehung – Ausschließung genauer unten 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133.

¹¹⁶¹ Vgl. bereits oben 2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90 sowie 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e), S. 97.

¹¹⁶² Die Zwangseinziehung für den Fall der Pfändung hätte nach der hier vertretenen Auffassung auch Auswirkungen auf die Art der Verwertung des gepfändeten Geschäftsanteils. Die Vernichtung des Geschäftsanteils macht die Verwertung nach § 844 ZPO unmöglich, so dass ausnahmsweise die Überweisung zur Einziehung nach § 835 I Alt. 1 ZPO in Betracht kommt, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81, insbesondere Fn. 813.

¹¹⁶³ So etwa der mit Feststellung des Jahresabschlusses und dem Verwendungsbeschluss bereits entstandene Gewinnanspruch, vgl. BGH, Urteil vom 14.9.1998, GmbHR 1998, 1177, 1178 (entgegen der Vorinstanz, die allein den Ablauf des Geschäftsjahres ausreichen ließ sowie OLG Hamm, Urteil vom 6.7.1988, GmbHR 1989, 126 und folgend *Hachenburg-Müller*, § 21 Rn. 53); *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 34 Rn. 16; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 5; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 47; *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 118 f.; *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 697 f.; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 57; *Scholz-Westermann*, § 34 Rn. 60. Vgl. zu Drittgeschäften bereits oben Fn. 404.

Strittig ist allerdings, ob maßgeblicher Zeitpunkt derjenige der Beschlussfassung, so *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 697 f., oder derjenige der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses mit vollständiger Zahlung der Abfindung ist, so *Michalski-Sosnitza*, § 34 Rn. 119. Dieser Streit ist freilich hinfällig, wenn – wie hier vertreten – der Zeitpunkt des Ausscheidens festgelegt wird, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

betroffenen Gesellschafters, die zum Zeitpunkt der Einziehung bereits fällig waren, bestehen, ebenso solche aus Drittgeschäften.¹¹⁶⁴

(a) Diskrepanz zwischen Summe der verbleibenden Nennwerte und unverändertem Stammkapital

Zu klären bleibt, welche Auswirkungen die Einziehung im Hinblick auf den Nennwert der Geschäftsanteile hat. Es wurde bereits festgestellt, dass mit der Einziehung jedenfalls faktisch eine Anwachsung der Rechte und Pflichten der verbleibenden Gesellschafter eingetreten ist.¹¹⁶⁵ Strittig ist jedoch, ob auch in rechtlicher Hinsicht eine Anwachsung stattfindet, ob also eine automatische Anpassung der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile an die veränderte Situation erfolgt, oder ob es bei der Diskrepanz zwischen Stammkapital und Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter bleibt.

Für eine automatische Anpassung der Nennbeträge spricht, dass es nur konsequent wäre, wenn mit der unstrittigen Erhöhung der Rechte und Pflichten auch die Erhöhung der Nennwerte verbunden ist, die die Erhöhung auch auf eine dogmatische Grundlage stellen würde.¹¹⁶⁶ Aus diesem Grund wird teilweise eine automatische Anpassung der Nennwerte für richtig gehalten. Es wird dabei die Identifikationsfunktion¹¹⁶⁷ des Nennwerts, die darin zum Tragen kommt, dass der Geschäftsanteil im Gesellschaftsleben nach seinem Nennwert bezeichnet wird, seiner weiteren Funktion, die Beteiligungsverhältnisse zum Ausdruck zu bringen, untergeordnet. Im Vordergrund stehe diese Quotenfunktion¹¹⁶⁸ als die Bezeichnung des dem Gesellschafter zukommenden Anteils an der Gesamtheit der Mitgliedschaftsrechte, die im Betrag des Stammkapitals zum Ausdruck kommt. In Konsequenz dieses Vorrangs hat eine Veränderung der Beteiligungsquote automatisch eine Veränderung des Nennwerts der Anteile zur Folge, da dieser gerade das Beteiligungsverhältnis wiedergeben soll.¹¹⁶⁹

Die Anpassung der Nennbeträge entspricht jedoch keineswegs einem zwingenden praktischen Bedürfnis. Auch ohne diese richtet sich der Umfang der Rechte und Pflichten nach dem Beteiligungsverhältnis, also der Relation des Nennbetrags zur Summe der Nennbeträge der verbleibenden Gesellschafter, sprich zum Stammkapital abzüglich des Werts des eingezogenen Geschäftsanteils. Während somit das Verhältnis der Beteiligungen gleich bleibt, verändern sich nur die Beteiligungen selbst aufgrund des neuen Verhältnisses zum unveränderten Stammkapital.¹¹⁷⁰ Die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Summe der Nennwerte ist letztlich Konsequenz der für eine juristische Person charakteristischen Tatsache, dass sie mit einem festen Kapitalstock ausgestattet ist, der unabhängig vom Bestand der Gesellschafter ist.¹¹⁷¹ Sie wird vom GmbH-Recht im Gegensatz zum Recht der Aktiengesellschaft (§§ 237 – 239 AktG) als systemimmanent hingenommen. Es handelt sich letztlich um einen bloßen Schönheitsfehler, da materiell bedeutungslos.¹¹⁷²

Der hier vertretenen Lösung kann auch nicht entgegengehalten werden, die fehlende Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Nennbeträge sei mit § 5 III, 3, § 55 IV GmbHG nicht vereinbar, denn zum einen betreffen diese Bestimmungen nur die Situation bei Gründung der Gesellschaft oder bei Kapitalerhöhungen. Zum anderen liegt auch kein Verstoß vor, da sich am Gesamtbetrag der Stammeinlagen nichts ändert, weil nur voll-eingezahlte Geschäftsanteile eingezogen werden können und zudem auch bei Zahlung der Abfindung die Kapitalerhaltungsvorschriften zu beachten sind, so dass auch das Ist-Kapital unberührt bleibt. Den Anforderungen des § 5 III 3 GmbHG ist somit auch ohne automatische Nennwerterhöhung Rechnung getragen.¹¹⁷³ Die besseren Argumente sprechen daher gegen eine automatische Anpassung, zumal diese häufig im Widerspruch zu den Anforderungen des § 5 III 2 GmbHG stehen wird.¹¹⁷⁴

(b) Aufstockungsbeschluss

Es kann jedoch dennoch zweckmäßig sein, die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Nennwert zu beseitigen, da dies Probleme bei der Veräußerung des Geschäftsanteils, der schließlich im Rechtsverkehr über den Nenn-

¹¹⁶⁴ So Fehlbeträge aus noch nicht vollständig erbrachten Einlagen eines anderen Gesellschafters nach § 24 sowie fällige Leistungen nach § 31 III GmbHG und Ansprüche auf Erfüllung von Nebenleistungspflichten, § 3 II GmbHG, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 16; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 47; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 118; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 57; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 60.

¹¹⁶⁵ Vgl. hierzu oben **2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90.**

¹¹⁶⁶ Vgl. Wolff, GmbHR 1999, 958, 961, der im Übrigen aber die Gegenauffassung vertritt.

¹¹⁶⁷ Michalski-Ebbing, § 14 Rn. 5; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 14 Rn. 4; Hachenburg-Raiser, § 14 Rn. 4; Scholz-Winter, § 14 Rn. 5.

¹¹⁶⁸ Michalski-Ebbing, § 14 Rn. 5; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 14 Rn. 4; Hachenburg-Raiser, § 14 Rn. 5; Scholz-Winter, § 14 Rn. 6.

¹¹⁶⁹ Kranz, S. 161; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 3; Priester, in FS Kellermann, S. 337, 344 ff., insbesondere 346 ff. Die Auffassung einer automatischen Nennwerterhöhung machte sich auch § 58 V RegE GmbHG 1971/73 zu eigen, der diese für den Fall vorsah, dass keine Kapitalherabsetzung erfolgt. Die Gesellschafter hätten diese Folge durch Beschluss feststellen müssen, BT-Ds. 6/3088, S. 17 = 7/253, S. 17; vgl. zum Schicksal des RegE bereits oben Fn. 1023.

¹¹⁷⁰ Niemeier, Einziehung, S. 96; Wolff, GmbHR 1999, 958, 961.

¹¹⁷¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a).

¹¹⁷² BayObLG, Beschluss vom 25.10.1991, GmbHR 1992, 42; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 42; Klaus J. Müller, DB 1999, 2045; Niemeier, Einziehung, S. 360; Peetz, GmbHR 2000, 749, 753; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 51; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1496; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 115; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 695; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 62; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 62 f.; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960 f.

¹¹⁷³ Niemeier, Einziehung, S. 358; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 115; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 62; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 58; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960.

¹¹⁷⁴ Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1496; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 115; Wolff, GmbHR 1999, 958, 961, A. A. Priester, in FS Kellermann, S. 337, 350 f.

wert identifiziert wird, aufwerfen kann. Der Erwerber wird dies zwar im Rahmen einer Due Diligence herausfinden. Eine unnötigen Rechtsunklarheit bleibt dennoch.¹¹⁷⁵ Den Gesellschaftern steht die Möglichkeit zu, eine Angleichung durch einen so genannten Aufstockungsbeschluss entsprechend § 46 Nr. 4 GmbHG herbeizuführen, der die Einlagepflichten unberührt lässt und letztlich nur den Zuwachs an Rechten und Pflichten zum Ausdruck bringt.¹¹⁷⁶ Dies stellt nach überwiegender Auffassung keine Satzungsänderung dar. Bei Gründung der Gesellschaft sind zwar die Mindestanforderungen nach § 3 I Nr. 4 GmbHG zu beachten, doch handelt es sich bei den Angaben über die Stammeinlagen lediglich um formelle Satzungsbestandteile.¹¹⁷⁷ Eine Satzungsänderung ist jedenfalls schon deshalb nicht erforderlich, weil sich auch die Einziehung selbst außerhalb der Satzung vollzieht.¹¹⁷⁸ Man wird allerdings wie im Rahmen der Einziehung selbst, für die Wirksamkeit der Anpassung der Nennwerte eine entsprechende Gestaltungserklärung in Form einer Mitteilung an die Gesellschafter verlangen müssen, für die aus Gründen der Rechtssicherheit ein Schriftformerfordernis entsprechend § 17 II GmbHG zu fordern ist.¹¹⁷⁹

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist daher eine beschlussmäßige Festlegung der Nennbeträge bereits im Einziehungsbeschluss oder auch nach Wirksamwerden der Einziehung zu empfehlen, die nach der hier vertretenen Auffassung konstitutive Wirkung, nach der Gegenauffassung der automatischen Nennwertanpassung nur deklaratorischen Charakter hat.¹¹⁸⁰

(c) Neubildung eines Geschäftsanteils¹¹⁸¹

Der Nennbetrag der Kapitalanteile kann auch dadurch an das unverändert gebliebenen Stammkapital angepasst werden, dass ein neuer Kapitalanteil geschaffen wird. Dies wird insbesondere dann interessant, wenn die verbleibenden Gesellschafter sich die Möglichkeit offen halten wollen, irgendwann einen neuen Gesellschafter anstelle des Ausgeschiedenen aufzunehmen und ihm einen dem eingezogenen entsprechenden Geschäftsanteil zukommen zu lassen, um letztlich den ursprünglichen Umfang der Rechte und Pflichten beizubehalten. Dies bietet sich schon wegen einer Refinanzierung der bei Einziehung des Geschäftsanteils erforderlichen Abfindungszahlung an den ausscheidenden Gesellschafter an.¹¹⁸²

(aa) Einordnung als Neubildung an Stelle des eingezogenen Geschäftsanteils

Es kann sich dabei nur um die Neubildung eines Geschäftsanteils an Stelle des eingezogenen handeln, nicht dagegen um die Neubildung des eingezogenen Anteils, wie dies teils vertreten wird.¹¹⁸³ Letzteres lässt sich dogmatisch nicht begründen. Der Geschäftsanteil wurde mit der Einziehung vernichtet und kann nicht „wieder belebt“ werden.¹¹⁸⁴ Die Zulässigkeit einer Neubildung anstelle des eingezogenen Geschäftsanteils ist zwar im GmbHG nicht geregelt, umgekehrt aber auch nicht versagt. Die Zulässigkeit folgt aus der satzungsrechtlichen Gestal-

¹¹⁷⁵ Zudem müssten ansonsten bei jeder Beschlussfassung die Mehrheitsverhältnisse klargestellt werden, um das richtige Ergebnis feststellen zu können, vgl. Müller, DB 1999, 2045 f. auch generell zur Due Diligence; in diesem Sinne auch Tschernig, GmbHR 1999, 691, 695.

¹¹⁷⁶ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 43; Niemeier, Einziehung, S. 364 ff.; Peetz, GmbHR 2000, 749, 753; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 52; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 116; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 64; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 63; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960 f.

¹¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 6.6.1988, GmbHR 1988, 337, 338 f. obiter; BayObLG, Beschluss vom 25.10.1991, GmbHR 1992, 42 f.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 116; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 64; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 63; gegen eine Satzungsänderung auch Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 3; Müller, GmbHR 1999, 2045, 2046 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 52; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 695; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960, jeweils ohne Begründung. Als formelle Satzungsbestandteile können sie aus der Satzung eliminiert werden, BayObLG, Beschluss vom 25.10.1991, GmbHR 1992, 42, 43; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 64; vgl. zu den Anforderungen des § 3 I Nr. 4 GmbHG bei nachträglichen Änderungen insbesondere Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 20. Für Satzungsänderung dagegen noch Hachenburg-Hohner, 7. Auflage, § 34 Rn. 61; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 32.

¹¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 6.6.1988, GmbHR 1988, 337, 338 f.; BayObLG, Beschluss vom 25.10.1991, GmbHR 1992, 42, 43; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 43; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 63. A. A. dagegen vor allem die ältere Literatur: Hachenburg-Hohner, 7. Auflage, § 34 Rn. 61; Niemeier, Einziehung, S. 364; Rowedder-Rowedder, 2. Auflage, § 34 Rn. 33; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 32. Vgl. zur Problematik der auch hier zu beachtenden Anforderungen der §§ 5 III 2, 17 IV GmbHG ausführlich Müller, DB 1999, 2045, 2047; Sieger/Mertens, GmbHR 1996, 1493, 1496.

¹¹⁷⁹ Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 116; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 65. Zwar wird teilweise unter Hinweis auf die ohnehin erforderliche Beschlussfassung das Erfordernis einer Mitteilung für entbehrlich gehalten, Scholz-Westermann, § 34 Rn. 63. Doch lässt sich dieses Argument schon damit entkräften, dass gerade keine Satzungsänderung zu beschließen ist und somit grundsätzlich die einfache Mehrheit des § 47 I GmbHG ausreichend ist, mithin nicht alle Gesellschafter anwesend sein müssen, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 116. Das Erfordernis der Schriftform lässt sich damit rechtfertigen, dass für eine rechtsgeschäftliche Veränderung der Beteiligungsverhältnisse sogar eine notarielle Beurkundung nach § 15 III GmbHG gefordert wird, Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 65.

¹¹⁸⁰ Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1496; vgl. für deklaratorischen Charakter Kranz, S. 161; Priester, in FS Kellermann, S. 337, 351 f.

¹¹⁸¹ Diese Frage ist höchstrichterlich noch ungeklärt, der II. Zivilsenat hat sich bisher nicht geäußert, vgl. Goette, GmbH, § 5 Rn. 89.

¹¹⁸² Priester, in FS Kellermann, S. 337, 353; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66, der einen weiteren Grund darin sieht, dass Schwierigkeiten, die im Hinblick auf die Vorschrift des § 5 III 2 GmbHG und daraus resultierender Spitzenbeträge entstehen, umgangen werden sollen. Vgl. zur Problematik der Spitzenbeträge Müller, DB 1999, 2045, 2047; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1497.

¹¹⁸³ Vgl. Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 4; die Autoren, auf welche in dieser Randnummer verwiesen wird, sprechen von Neubildung an Stelle des eingezogenen Geschäftsanteils.

¹¹⁸⁴ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 53; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962.

tungsfreiheit im Innenverhältnis der Gesellschaft und ist entgegen früheren Bedenken¹¹⁸⁵ nunmehr nahezu einhellig anerkannt, zumal Gläubigerinteressen nicht gefährdet sind, da die Neubildung gerade keine Auswirkungen auf die Liquidität der Gesellschaft hat, vielmehr im Gegenteil die Haftungsbasis – etwa im Hinblick auf § 24 GmbHG – vergrößert.¹¹⁸⁶

(bb) Art und Weise der Neubildung des Geschäftsanteils

Nicht unproblematisch ist allerdings, wie die Neubildung rechtlich vollzogen werden kann. Die überwiegende Auffassung geht davon aus, dass dies ohne Änderung der Satzung durch bloßen Gesellschafterbeschluss möglich ist.¹¹⁸⁷ Nach anderer Auffassung scheidet dies dagegen aus, da ansonsten die Gefahr bestehe, dass die eigentliche Einziehungsfolge, also die Vernichtung des Geschäftsanteils, nicht ernst zu nehmen sei. Nach dieser Auffassung kommt die Neubildung eines Geschäftsanteils nur durch Aufstockung mit anschließender Teilabtretung nach § 17 GmbHG und folgender Zusammenlegung der Geschäftsanteile in Betracht.¹¹⁸⁸ Maßgeblich ist mit anderen Worten, ob anstelle des eingezogenen Anteils ein originärer Anteil neu geschaffen werden kann oder nicht und deshalb nur der Weg über eine Teilabtretung mit folgender Zusammenlegung bleibt.¹¹⁸⁹ Richtigerweise muss differenziert werden:

Die Neubildung eines Geschäftsanteils über die Variante der Teilabtretung kann konsequent nur von denjenigen verfolgt werden, die von einer automatischen Nennwertanpassung ausgehen.¹¹⁹⁰ Allein diese Möglichkeit bleibt den Gesellschaftern auch, wenn sie den nach der hier vertretenen Auffassung für die Nennwertanpassung erforderlichen Aufstockungsbeschluss bereits gefasst haben.¹¹⁹¹ Für die Fälle, in denen dies noch nicht geschehen ist, muss den Gesellschaftern jedoch die Möglichkeit zustehen, nicht die Aufstockung, sondern die Neubildung eines originären Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen zu beschließen. Aufgrund der Diskrepanz von Nennwertsumme und Stammkapital ist eine Mitgliedstelle, entsprechend dem eingezogenen Geschäftsanteil, vakant und kann durch die Bildung eines originären Geschäftsanteils – gleichsam als *actus contrarius* zur Einziehung – wieder ausgefüllt werden.¹¹⁹² Es wird zwar durch die Einziehung der Geschäftsanteil vernichtet. Dennoch sind die durch diesen Geschäftsanteil verkörperten Rechte und Pflichten nicht völlig verloren. Sie bestehen vielmehr im Sinne einer potenziellen neuen originären Mitgliedschaft in der Diskrepanz zwischen Summe der Nennwerte der verbleibenden Gesellschafter sowie dem unveränderten Stammkapital fort. Schließlich findet nur eine faktische Anwachsung statt, während eine auch tatsächliche Anwachsung von einem Willensentschluss der verbleibenden Gesellschafter abhängig ist. Für diese besteht jedoch keine Pflicht, der faktischen Anwachsung über einen Aufstockungsbeschluss auch die tatsächliche folgen zu lassen. Vielmehr haben sie die Wahl zwischen Aufstockung und „Aktivierung“ des potenziellen neuen originären Geschäftsanteils.¹¹⁹³

Für die Neubildung anstelle des eingezogenen Anteils sprechen auch wirtschaftliche Erwägungen. Es fallen zum einen Notarkosten nicht zwangsläufig an, im Gegensatz zur Lösung über die Teilabtretung, § 15 III, IV GmbHG. Zum anderen besteht bei der hier vertretenen Lösung eine flexiblere Ausgangssituation für Gesellschaft und Gesellschafter. Aufgrund der Tatsache, dass der neu gebildete Geschäftsanteil der Gesellschaft jedenfalls zunächst als eigener Geschäftsanteil zusteht,¹¹⁹⁴ kann sie aus diesem keine Rechte geltend machen, da die Rechte und Pflichten solange ruhen.¹¹⁹⁵ Für die Gesellschafter besteht somit der Vorteil, dass die durch die Einziehung faktisch eintretende Anwachsung der Rechte und Pflichten jedenfalls zunächst unberührt bleibt. Die Gesellschaft

¹¹⁸⁵ Vgl. *Buchwald*, BB 1959, S. 68, der die Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils nur über den Weg der Kapitalerhöhung für möglich hält; in diesem Sinne auch *Hohner*, in FS Barz, S. 147, 165, Fn. 45; *Fichtner*, BB 1966, 146, 148, nach dem die Neubildung daran scheitert, dass dadurch notwendigerweise ein Eingriff in Rechte der Mitgesellschafter einhergehe, da davon auszugehen sei, dass diesen durch die Einziehung des Geschäftsanteils ein höherer Anteil am Gesellschaftsvermögen zuwächst.

¹¹⁸⁶ BayObLG, Beschluss vom 25.10.1991, GmbHR 1992, 42; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 51; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 28 Rn. 43; *Priester*, in FS Kellermann, S. 337, 353 f.; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 64, 66; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66; *Wolff*, GmbHR 1999, 958, 962. Zwar ist die Bildung eines neuen Geschäftsanteils durch die Übernahme von Stammeinlagen infolge einer Kapitalerhöhung der gesetzliche Regelfall, vgl. § 55 GmbHG, insoweit ist also *Buchwald*, BB 1959, 68 (vgl. oben Fn. 1185) beizupflichten. Diese Bestimmungen resultieren jedoch aus dem Gedanken des hier nicht tangierten Gläubigerschutzes, vgl. *Niemeier*, Einziehung, S. 368.

¹¹⁸⁷ *Müller*, DB 1999, 2045, 2047; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66.

¹¹⁸⁸ Vgl. *Wolff*, GmbHR 1999, 958, 962; vgl. zur Problematik der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(1), S. 85.

¹¹⁸⁹ Vgl. hierzu genauer *Kranz*, S. 163 f.

¹¹⁹⁰ *Kranz*, S. 163 f.; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 4; *Priester*, in FS Kellermann, S. 337, 357; vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(a), S. 121.

¹¹⁹¹ Es sei denn, die Gesellschafter haben für diesen Fall die Möglichkeit der Teileinziehung vorgesehen, vgl. insoweit KG, Beschluss vom 29.7.1943, DR 1943, 1231.

¹¹⁹² Vgl. KG, Beschluss vom 29.7.1943, DR 1943, 1230 f.; *Gonnella*, GmbHR 1962, 253 f.

¹¹⁹³ Die absolut herrschende Meinung ist daher für die Neubildung eines originären Anteils nicht zuletzt deshalb, weil sich ein entsprechendes Ergebnis auch über die vorherige Aufstockung mit folgender Teilabtretung und Zusammenlegung ohne eine Kapitalerhöhung erreichen lässt, Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 34 Rn. 51; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; *Müller*, DB 1999, 2045, 2047 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 53; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66; a. A. wiederum *Wolff*, GmbHR 1999, 958, 962 f., der nur den Weg über die Teilabtretung und nachfolgender Zusammenlegung anerkennt.

¹¹⁹⁴ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; *Müller*, DB 1999, 2045, 2047; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 53; *Sieger/Mertens*, ZIP 1996, 1493, 1499; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66.

¹¹⁹⁵ BGH, Urteil vom 30.1.1995, GmbHR 1995, 291; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 33 Rn. 18; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117 i.V.m. § 33 Rn. 55; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66 i.V.m. Hachenburg-Hohner, § 33 Rn. 51 ff., 58 ff.; a. A. noch *Grothus*, GmbHR 1958, 17, 19.

kann dann im Wege der Teilabtretung an die Gesellschafter nach § 17 GmbHG eine dem Aufstockungsbeschluss entsprechende Rechtslage herbeiführen unter Vermeidung der Problematik der Entstehung von Spitzenanteilen im Hinblick auf § 5 III 2 GmbHG, denn die Teilgeschäftsanteile können beliebig festgelegt werden und folgen nicht dem Prinzip einer verhältnismäßig berechneten Aufteilung wie im Falle der Aufstockung.¹¹⁹⁶

Die Gesellschaft hat allerdings auch die Möglichkeit, den Geschäftsanteil zur Refinanzierung der Abfindungszahlung an einen Dritten zu veräußern, was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn die Gesellschafter die vor der Einziehung bestehenden Beteiligungsverhältnisse wieder herstellen wollen. Die Veräußerung hat nämlich zur Folge, dass die, mit der Einziehung entstehende, faktische Erhöhung der Rechte und Pflichten der verbleibenden Gesellschafter wieder abwächst, weil die Rechte und Pflichten nur solange ruhen wie der Anteil der Gesellschaft als eigener zusteht. Mit der Veräußerung an den Dritten leben jedoch die in dem Anteil enthaltenen Rechte wieder auf.¹¹⁹⁷

(cc) Anforderungen an die Beschlussfassung

Da die Gesellschaft somit jederzeit die faktische Anwachsung wieder rückgängig machen kann, indem der geschaffene Gesellschaftsanteil auf einen Dritten übertragen wird, herrscht Übereinstimmung darüber, dass an die Beschlussfassung jedenfalls besondere Anforderungen zu stellen sind. Auf das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ist allerdings nicht schon aus einer Einordnung der Beschlussfassung als Satzungsänderung zu schließen. Eine solche muss parallel zum Aufstockungsbeschluss abgelehnt werden.¹¹⁹⁸ Strittig ist allerdings, ob Einstimmigkeit erforderlich oder eine qualifizierte Mehrheit ausreichend ist. Einstimmigkeit lässt sich jedenfalls nicht über § 53 III GmbHG begründen,¹¹⁹⁹ da diese Bestimmung nicht auf die Verkürzung von Mitgliedschaftsrechten Anwendung findet.¹²⁰⁰

Die Einstimmigkeit kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass durch eine spätere Veräußerung des Anteils an einen Dritten oder einen Mitgesellschafter gegen den Willen einer Minderheit ein Eingriff in die bei jedem Gesellschafter infolge der Einziehung verhältnismäßig erfolgte Erhöhung der Beteiligung möglich wäre.¹²⁰¹ Es darf nämlich nicht außer Acht gelassen werden, dass hier kein Eingriff in wohl erworbene Rechte der Gesellschafter vorliegt, sondern nur Rechte betroffen sind, die ihnen nur als Folge der Einziehung ohne besonderes Opfer zufallen.¹²⁰² Entscheidend ist letztlich, dass die Neubildung materiellrechtlich mit einer Kombination aus Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG und anschließender Kapitalerhöhung nach § 55 GmbHG vergleichbar ist und der einzige Unterschied darin besteht, dass die Neuausgabe des Geschäftsanteils im Rahmen des unveränderten Stammkapitals erfolgt. Wenn nun aber weder für die Herabsetzung noch für die Erhöhung ein einstimmiger Beschluss erforderlich ist, sondern nur eine nach § 53 II GmbHG notwendige qualifizierte Mehrheit,¹²⁰³ so kann für den Fall der hier diskutierten Neubildung nichts anderes gelten, so dass nach § 53 II GmbHG entsprechend auch hier eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln ausreichen muss.¹²⁰⁴

¹¹⁹⁶ Vgl. Müller, DB 1999, 2045, 2048; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; vgl. zur Rechtsstellung der GmbH bei eigenen Anteilen auch Scholz-Westermann, § 33 Rn. 37. Auch hier fallen dann natürlich Notarkosten aufgrund der Bestimmungen des § 15 III, IV GmbHG an.

¹¹⁹⁷ Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117 i.V.m. § 33 Rn. 55; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; vgl. auch die Nachweise oben Fn. 1195. Hiergegen spricht sich Priester, in FS Kellermann, S. 337, 357 i.V.m. 342 f. aus, weil die An- und Abwachsung dem Recht der Kapitalgesellschaften fremd sei. Dem ist zum einen schon entgegenzuhalten, dass Priester hier in sich widersprüchlich argumentiert, nimmt er doch selbst eine automatische Nennwerterhöhung und somit eine, dem Recht der Personengesellschaften entsprechende, Anwachsung an, aaO. S. 337, 343 ff. Vor allem ist jedoch nach der hier vertretenen Auffassung mit der Einziehung lediglich eine faktische Erhöhung der Rechte und Pflichten verbunden. Eine tatsächliche Anwachsung hängt dagegen gerade von einem Aufstockungsbeschluss ab, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(b), S. 121. Wenn dieser aber noch nicht gefasst ist, liegt auch keine tatsächliche, dem GmbH-Recht fremde Abwachsung vor, sondern nur eine faktische.

¹¹⁹⁸ Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 64, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(b), S. 121. Daher ist auch keine notarielle Beurkundung erforderlich, § 53 II GmbHG; a. A. offenbar Tschernig, GmbHR 1999, 691, 695.

¹¹⁹⁹ So aber Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 54.

¹²⁰⁰ Vgl. schon den Wortlaut der Bestimmung; Michalski-Hoffmann, § 53 Rn. 87; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann, § 53 Rn. 50. Dies kann allerdings nicht aus der dort in Fn. 245 zitierten Entscheidung des BGH (Urteil vom 16.12.1991, BGHZ 116, 359, 363) entnommen werden, da der BGH die Problematik des § 53 III GmbHG offenlassen konnte.

Es liegt gerade keine Leistungsmehrung vor, da die Entstehung des neuen Anteils bei der GmbH die materielle Rechtslage zunächst unberührt lässt und sie bei Übertragung auf einen Dritten, ganz im Gegenteil, sogar zu einer Entlastung hinsichtlich der zunächst angewachsenen Subsidiärhaftung des §§ 24, 31 III GmbHG führt, vgl. Niemeier, Einziehung, S. 369. Abzulehnen ist auch die Auffassung, die das Erfordernis der Einstimmigkeit aus einer persönlichen Haftung der überstimmten Gesellschafter für die Abfindung herleiten, da eine solche gerade nicht besteht, vgl. Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66; vgl. zur Frage der persönlichen Haftung der Mitgesellschafter bereits oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113.

¹²⁰¹ So aber Gonnella, GmbHR 1962, 253, 254; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; Müller, DB 1999, 2045, 2048; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1499; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 695; darauf stellen wohl auch Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 54 ab, die sich aber fälschlich auf § 53 III GmbHG beziehen, vgl. Fn. 1200.

¹²⁰² Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66; insoweit zustimmend auch Müller, DB 1999, 2045, 2048.

¹²⁰³ Dies ist allerdings im Hinblick auf die Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG nicht völlig unstrittig, entspricht jedoch der h. M., vgl. Michalski-Hermanns, § 55 Rn. 8 ff., § 58 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff, § 55 Rn. 12; Scholz-Priester, § 55 Rn. 15; § 58 Rn. 31; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Zimmermann, § 55 Rn. 7; § 58 Rn. 13; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 55 Rn. 11, § 58 Rn. 15 i.V.m. § 53 Rn. 26 ff.; vgl. zur Ausfallhaftung in diesem Zusammenhang Lutter/Hommelhoff, § 24 Rn. 6.

¹²⁰⁴ Niemeier, Einziehung, S. 370; Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66. Die betroffenen Minderheitsgesellschafter sind ohnehin dadurch geschützt, dass sie den Beschluss bei Treuepflichtverletzungen oder Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz anfechten können, Michalski-Sosnitza, § 34 Rn. 117; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 66. Scholz-Westermann, § 34 Rn. 66 hält allerdings einen einstimmigen Beschluss dann für erforderlich, wenn die Verwertung des Anteils unter dem Betrag des gezahlten Einziehungsentgelts erfolgen soll.

Um langwierigen Streitigkeiten vorzubeugen, muss aus Gründen der Rechtssicherheit eine entsprechende Satzungsbestimmung, die eine Mehrheit von drei Vierteln als ausreichend ansieht, aufgenommen werden. Diese hat allerdings nach der hier vertretenen Auffassung nur deklaratorische Bedeutung.¹²⁰⁵

ff) **Stellungnahme: Statutarisches Erwerbsrecht – Ankaufsrecht**

Es gilt nun diejenige Vertragsbestimmung zu finden, die unter den aufgezeigten Möglichkeiten den Interessen der Gesellschaft und deren Gesellschaftern weitestgehend entspricht. Da in der echten GmbH & Co. KG¹²⁰⁶ nur die Festsetzung einer Abtretungsverpflichtung bzw. die Zwangseinziehung als sinnvolle Maßnahmen in Betracht kommen, muss eine Kombination aus beiden Varianten gefunden werden, die deren Stärken addiert und die Schwächen eliminiert.

Die Schwächen der in der Satzung enthaltenen Abtretungsverpflichtung liegen darin, dass die Gefahr der Pfändung durch den Gläubiger jedenfalls nicht vollständig gebannt werden kann, da das Pfändungspfandrecht auch durch die bereits erfolgte Abtretung nicht beseitigt wird.¹²⁰⁷ Demgegenüber erlöschen zwar im Falle der Einziehung die Rechte Dritter und somit auch das Pfändungspfandrecht,¹²⁰⁸ doch sind die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsschranken der §§ 19 II, 30 GmbHG zu beachten, so dass ein Eindringen Dritter auch im Wege der Zwangseinziehung nicht vollumfänglich verhindert werden kann, bzw. die Abwehr Dritter nur um den Preis eines erheblichen vertragsgestalterischen Aufwands möglich ist.¹²⁰⁹ Die Realisierung derart komplizierter Regelungen wird Schwierigkeiten bereiten.¹²¹⁰ Zwar besteht die Möglichkeit der Festlegung des Zeitpunkts des Verlustes der Mitgliedschaft.¹²¹¹ Doch ist dies beschränkt auf Fälle, in denen erst nachträglich ersichtlich wird, dass die Abfindung nur unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsbestimmungen erfolgen kann. Ist schon bei Beschlussfassung klar, dass die Einziehung nur unter Verletzung der Kapitalschutzbestimmungen erfolgen kann, so ist der Beschluss nichtig.¹²¹² Insoweit hat das Urteil des BGH vom 30.6.2003¹²¹³ mithin keine Abhilfe geschaffen. Nur im ersten Fall kann über die Festlegung des Ausscheidenszeitpunkts letztlich der Ausschluss unabhängig von der Stammkapitalbindung ausgestaltet werden,¹²¹⁴ so dass über die Einziehung befriedigende Ergebnisse erzielt werden können. Diesbezüglich hat die Entscheidung durchaus weitreichende Folgen und eine Aufwertung der Einziehung bewirkt, da die vormals gegebene Schwebelage, die aus der Bedingungstheorie folgte, vertragsgestalterisch umgangen werden kann und sich daher die Notwendigkeit einer alternativen Regelung, mit der eine der Einziehung entsprechende Rechtslage erzielt werden soll, auf den Bereich des schon bei Beschlussfassung ersichtlichen Verstoßes gegen die Stammkapitalbindung beschränkt.¹²¹⁵ Freilich wird eine alternative Regelung auch insoweit erforderlich, als die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ermöglicht werden soll oder den Gesellschaftern gerade an der Abtretung gelegen ist. Dann kann die Einziehung schon von der Rechtsfolge kaum oder nur auf umständlichem Wege weiterhelfen, eine weitere Schwäche.¹²¹⁶

Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die satzungsmäßige Festlegung einer Abtretungsverpflichtung eine Einzelfallgerechtigkeit nicht ermöglicht, da sie bei erfolgter Pfändung automatisch für den Gesellschafter als Vollstreckungsschuldner entsteht. Man muss somit auch eine Lösung wählen, die eine auf die konkrete gesellschaftliche Situation zugeschnittene Maßnahme ermöglicht.

(1) **Übertragung der Zuständigkeit auf die Gesellschafterversammlung**

Es bietet sich an, von der Rechtslage bei der Einziehung auszugehen, die einen Gesellschafterbeschluss voraussetzt,¹²¹⁷ und der Gesellschafterversammlung eine Alternativermächtigung einzuräumen, damit diese dann zwischen Abtretungsverpflichtung und Zwangseinziehung nach Beurteilung der Umstände des Einzelfalls die sinnvollste Alternative wählen kann, die Abtretungsverpflichtung mithin nicht ipso iure¹²¹⁸ entsteht. In erster Linie werden die Gesellschafter freilich die Einziehung wählen, da diese das Pfändungspfandrecht des Gläubigers vernich-

¹²⁰⁵ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 17; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1499. Vgl. zu einer entsprechenden Satzungsbestimmung Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20, § 25 i.V.m. Anm. 66.

¹²⁰⁶ Vgl. oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5.

¹²⁰⁷ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4)(a), S. 88; vgl. zur Frage einer teleologischen Reduktion des § 829 I 2 ZPO unten ausführlich 2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140.

¹²⁰⁸ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e), S. 99.

¹²⁰⁹ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b), S. 109.

¹²¹⁰ Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 41.

¹²¹¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

¹²¹² Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(aa), S. 113.

¹²¹³ DB 2003, 2058.

¹²¹⁴ Dies darf natürlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass dennoch die Kapitalerhaltungsbestimmungen der Auszahlung der Abfindung entgegenstehen können, daran kann freilich auch die Vertragsgestaltung und auch der BGH nichts ändern.

¹²¹⁵ Vormalig konnte die Schwebelage nur durch die Anordnung des Ruhens der Mitgliedschaftsrechte – vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(aa), S. 118 – erträglich gestaltet werden (es sei denn, man hielt schon vor der Entscheidung des BGH eine satzungrechtliche Festlegung für zulässig), so dass die Einziehung auch in den Fällen, in denen bei Beschlussfassung ein Verstoß gegen die Stammkapitalbindung noch nicht ersichtlich war, die Bedingungstheorie wie ein Damoklesschwert über den Gesellschaftern hing, so dass sich generell die Frage nach einer Alternative stellte.

¹²¹⁶ Vgl. unten Fn. 1221.

¹²¹⁷ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f), S. 101.

¹²¹⁸ Vgl. Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 53.

tet. Sie ist das wirksamste Mittel zur Vermeidung des der Gesellschaft drohenden Überfremdungsrisikos, wenn auch nicht das einzige.¹²¹⁹ Zudem führt sie zu dem gewünschten Gleichlauf mit der Rechtslage in der GmbH & Co. KG, nämlich zumindest einer der Anwachsung entsprechenden Situation.¹²²⁰

(2) Umgehung der Kapitalaufbringungs- und erhaltungsbestimmungen über die Abtretung des Geschäftsanteils

Eine Einziehungsklausel allein wird allerdings den Interessen der Gesellschafter nicht immer gerecht. Zum einen muss die Tatsache berücksichtigt werden, dass die Gesellschafter eventuell einen ihren Anforderungen und Wünschen gerecht werdenden „Ersatzgesellschafter“ aufnehmen wollen, der an die Stelle des Ausscheidenden tritt.¹²²¹ Zum anderen besteht vor allem das Problem, dass die Einziehung im Hinblick auf die Stammkapitalbindung an ihre Grenzen stößt.

In diesen Fällen bleibt die Möglichkeit, in der Satzungsklausel alternativ zur Einziehungsermächtigung auch eine Abtretungsbestimmung aufzunehmen, wenn auf diese Art und Weise die Schranken, die der Zwangseinziehung durch die Grundsätze der vollständigen Kapitalaufbringung und -erhaltung gezogen werden, umgangen werden können. Dies ist schon deshalb nahe liegend, weil der Erwerber zumindest als zusätzlicher Abfindungsschuldner in Betracht kommt. Durch die Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung wird ein so genanntes Ankaufsrecht als sonstiges Erwerbsrecht eingeräumt.

Es muss zwischen Vorerwerbsrechten, wie insbesondere auch dem Vorkaufsrecht,¹²²² und sonstigen Erwerbsrechten getrennt werden. Als Vorerwerbsrechte oder auch Eintrittsrechte bezeichnet man Regelungen, die dem in der Satzung Begünstigten das Recht einräumen, den Geschäftsanteil von dem veräußerungswilligen Gesellschafter mit Vorrang vor dritten Interessenten zu erwerben. Sie sind also an die Veräußerungswilligkeit und an ein besonderes Verlangen des Begünstigten geknüpft.¹²²³

Dagegen sind die sonstigen Erwerbsrechte nicht an die Veräußerungsabsicht des Anteilinhabers geknüpft, sondern gestatten es der Gesellschafterversammlung aufgrund einer entsprechenden Satzungsregelung wahlweise über die Abtretung oder die Einziehung bei Eintritt des Einziehungsgrundes zu entscheiden.¹²²⁴ Die diesen Rechten entsprechenden Abtretungspflichten werden überwiegend als Nebenleistungspflichten nach § 3 II GmbHG eingeordnet.¹²²⁵

(a) Obligatorische Ausgestaltung der Abtretungsklausel

Es stellt sich allerdings die Frage, wie das Erwerbsrecht genau in der Satzung festzulegen ist. Die klassische Ausgestaltung besteht darin, die Gesellschafterversammlung dazu zu ermächtigen, den von der Pfändung betroffenen Gesellschafter zur Übertragung seines Geschäftsanteils auf die Gesellschaft, die verbleibenden Gesellschafter unter Teilung des Geschäftsanteils,¹²²⁶ auf einen Mitgesellschafter oder einen bestimmten oder von der Gesellschafterversammlung zu bezeichnenden Dritten zu verpflichten.¹²²⁷ Diese Bestimmung ist zu verstehen als eine bezogen auf den Einziehungsgrund aufschiebend bedingte Bevollmächtigung, die Abtretungsverpflichtung zu begründen. Darin enthalten ist eine Befreiung vom gegebenenfalls zu beachtenden Verbot des § 181 BGB.¹²²⁸ Fraglich ist, ob die Formvorschriften des § 15 III, IV GmbHG einzuhalten sind. Jedenfalls sind die für den Vollzug der Abtretungsverpflichtung nach dem GmbHG vorgeschriebenen Bestimmungen zu beachten, so dass die Übertragung selbst der notariellen Beurkundung bedarf, § 15 III GmbHG.¹²²⁹

¹²¹⁹ Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 41.

¹²²⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90; vgl. zur Aufstockung sowie Neubildung des Geschäftsanteils oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4), S. 120.

¹²²¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b) ,S. 82. Dies ist zwar über die Neubildung eines Geschäftsanteils auch im Rahmen der Einziehung möglich, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(c), S. 122. Dies ist allerdings ein umständlicher Weg und bietet sich nicht an, wenn die Gesellschafter ohnehin die sofortige Aufnahme eines neuen Gesellschafters anstelle des von der Pfändung betroffenen planen. Vor allem ist diese Alternative kaum realisierbar, wenn die Gefährdung des Stammkapitals schon bei Fassung des Einziehungsbeschlusses feststeht, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125.

¹²²² Vgl. bereits oben Fn. 626; vgl. auch schon oben 2. Kapitel: V.1.b)aa), S. 83.

¹²²³ Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.5.1997, GmbHR 1997, 1108; BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, DB 1989, 214, 215 f.; Scholz-Emmerich, § 3 Rn. 49; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 42; Götz Hueck, in FS Larenz, S. 749 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 3 Rn. 23; Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 80, § 34 Rn. 114; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 29; speziell zum Vorkaufsrecht Westermann/Klingberg, in FS Quack, S. 545.

¹²²⁴ BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, DB 1989, 214, 216; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 42; Götz Hueck, in FS Larenz, S. 749, 756; Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 80, § 34 Rn. 114.

¹²²⁵ Diese werden dabei teils als Sonderfall der Sachleistungen eingeordnet, so Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 80, bzw. als Sachleistungen anderer Art, auf der Grenze zu den Handlungspflichten, so Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 42. Vgl. zur Einordnung als Nebenleistungspflicht iSd. § 3 II GmbHG ausführlich unten 2. Kapitel: V.1.b)gg)(2)(a), S. 139.

¹²²⁶ Vgl. § 17 GmbHG. In diesem Falle wird letztlich die Rechtsfolge herbeigeführt, die auch nach einer Einziehung (und anschließender Aufstockung) entstehen würde, nämlich eine der Anwachsung in der KG entsprechende Situation.

¹²²⁷ Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 53; Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 105; Soufleros, Ausschließung, S. 285 f.; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 33 ff.; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962. Zur Terminologie: Auch Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 115 spricht von einer obligatorischen Ausgestaltung. Er verwendet diese Bestimmung jedoch für die Ausgestaltung eines Vorerwerbsrechts, wohingegen hier die Bezeichnung für die Ausgestaltung eines Ankaufsrechts Anwendung findet. In Anbetracht der Tatsache, dass Grund für die Terminologie die Tatsache ist, dass eine schuldrechtliche Verpflichtung des Gesellschafters entsteht, besteht insoweit kein Unterschied zur Fallkonstellation, die Ulmer zugrunde legt, so dass diese Terminologie auch für das hier zu prüfende Ankaufsrecht zur Anwendung kommt.

¹²²⁸ Wolff, GmbHR 1999, 958, 962.

¹²²⁹ Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 115; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962.

Richtigerweise muss jedoch auch für den Gesellschafterbeschluss die notarielle Form des § 15 IV GmbHG gefordert werden. Dies folgt daraus, dass erst durch den Beschluss die Verpflichtung begründet wird.¹²³⁰ Nur so kann man dem Sinn und Zweck der §§ 15 III, IV GmbHG, nämlich, den leichten und spekulativen Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zum Zwecke der Erhaltung der Gesellschafterstruktur zu verhindern, gerecht werden.¹²³¹

(b) Dingliche Ausgestaltung der Abtretungsklausel

Die Tatsache, dass neben dem Gesellschafterbeschluss noch die Abtretung durch den Gesellschafter selbst erforderlich ist, wirft Zweifel an der Praktikabilität der Regelung auf.¹²³² Den Gesellschaftern wird es daher darum gehen, dass die Gesellschafterversammlung die Abtretung selbst vornehmen kann. Es ist dabei zwar an die Möglichkeit zu denken, über eine aufschiebend bedingte¹²³³ Abtretung das Verfügungsgeschäft vorwegzunehmen.¹²³⁴

Dies ist jedoch nicht zu empfehlen, da eine antizipierte Abtretung voraussetzt, dass auch der oder die Erwerber zu den Gesellschaftern zählen zum Zeitpunkt der Vereinbarung bzw. ihre Rechtsnachfolger davon erfasst sind.¹²³⁵ Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass Verfügungsverträge zu Lasten Dritter nach richtiger Ansicht dem geltenden Recht fremd sind.¹²³⁶ Es ist jedoch auch in einer auf Personen- und Beteiligungsidentität bedachten GmbH & Co. KG davon auszugehen, dass die Gesellschafter einer etwaigen Aufnahme neuer Gesellschafter nicht gänzlich abgeneigt gegenüberstehen, jedenfalls, wenn es ihrer Bestimmung obliegt, wer aufgenommen wird und wann.¹²³⁷ Über eine aufschiebend bedingte Abtretung kann daher dem Einzelfall nicht hinreichend Rechnung getragen werden.¹²³⁸

Die Interessen der Gesellschafter befriedigt es daher eher, wenn die Gesellschafterversammlung nicht nur über die Verpflichtung zur Abtretung entscheidet, sondern darüber hinaus diese sogleich selbst vornimmt. In die GmbH-Satzung ist daher eine Klausel aufzunehmen, der zufolge die Gesellschafterversammlung statt der Einziehung auch beschließen kann, den Geschäftsanteil auf die übrigen Gesellschafter zu übertragen.¹²³⁹ Dadurch wird die Gesellschafterversammlung ermächtigt,¹²⁴⁰ unter Befreiung von § 181 BGB die nach § 398 BGB erforderliche Abtretungserklärung abzugeben.¹²⁴¹ Dabei ist jedoch die Formvorschrift des § 15 III GmbHG zu beachten.¹²⁴²

¹²³⁰ Wolff, GmbHR 1999, 958, 962. Dies kann wohl nicht gleichgesetzt werden mit der aus der Geltendmachung eines Vorerwerbsrechts folgenden Abtretungsverpflichtung. Für diesen Fall ist anerkannt, dass etwas anderes gilt, wenn die Verpflichtung des Anteilsinhabers bereits Bestandteil der nach § 2 GmbHG notariell beurkundeten Satzung ist. Dem Formzwang ist bereits dann Genüge getan, wenn bereits die Satzung die Übertragung des Geschäftsanteils unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht und diese eintreten. Dann sind sowohl die Annahme des Verfügungsangebots durch den Erwerber als auch ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, in dem diese den Erwerber bestimmt, nicht mehr formbedürftig nach § 15 IV 1 GmbHG, RG, Urteil vom 19.3.1926, RGZ 113, 147, 149; BGH, Urteil vom 30.6.1969, NJW 1969, 2049; Beschluss vom 12.1.1998 – II ZR 378/96, DStR 1998, 539; Urteil vom 14.4.1986, NJW 1986, 2642; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 30; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 115; Scholz-Winter, § 15 Rn. 58; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 30. Diese Fälle stellen aber ausnahmslos auf Sachverhalte ab, in denen allenfalls die Entscheidung, wer der Erwerber ist, der Entscheidung der Gesellschafterversammlung obliegt, die Verpflichtung zur Abtretung dagegen feststeht. Hier geht es aber gerade darum, dass erst die Gesellschafterversammlung entscheidet, ob überhaupt eine Abtretung stattfindet.

¹²³¹ BGH, Urteil vom 30.6.1969, NJW 1969, 2049; Urteil vom 25.9.1996, NJW 1996, 3338, 3339; Goette, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 12.11.1998, DStR 1998, 539; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 12; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 9.

¹²³² Zu denken ist an sonst eventuell erforderliche Prozesse gegen den betroffenen Gesellschafter auf Abgabe seiner Abtretungserklärung, vgl. Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 105.

¹²³³ Als aufschiebende Bedingung wäre in diesem Fall der Beschluss der Gesellschafterversammlung zu sehen, sich gegen eine Einziehung und für eine Abtretung zu entscheiden.

¹²³⁴ OLG Celle, Urteil vom 25.9.1986, WM 1986, 161, 162; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 116; vgl. für den Fall der Kündigung des Gesellschafters BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059 mit Anmerkung Blöse/Kleinert, GmbHR 2003, 1064, 1065; vgl. allgemein zur Zulässigkeit bedingter Abtretungen BGH, Urteil vom 23.11.1988, GmbHR 1989, 194, 195; Urteil vom 21.9.1994, BGHZ 127, 129, 133; OLG Hamm, Urteil vom 23.5.1997, GmbHR 1997, 950; KG, Urteil vom 22.11.1996, GmbHR 1997, 603, 605 zur auflösenden Bedingung; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 23; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 10; Scholz-Winter, § 15 Rn. 37 a; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 85.

¹²³⁵ Vgl. Blöse/Kleinert, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.6.2003, GmbHR 2003, 1064, 1065.

¹²³⁶ MünchKomm-Gottwald, § 328 Rn. 190; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 116.

¹²³⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

¹²³⁸ Eine Möglichkeit zum dinglichen Vollzug der Abtretung ist auch darin zu sehen, in die Satzung ein unwiderrufliches Abtretungsangebot eines jeden Gesellschafters an alle anderen Gesellschafter zur Abtretung des Geschäftsanteils unter bestimmten Bedingungen aufzunehmen, mit der Maßgabe, dass dieses von der Gesellschaft, von den Mitgesellschaftern oder von einem erst noch zu bestimmenden Dritten angenommen werden kann. Ein Angebot wäre dann ab Eintritt der Bedingungen anzunehmen. Diese Regelung ist jedoch zu kompliziert und daher nicht praktikabel, zumal auch die Tatsache zu berücksichtigen ist, dass jeder Gesellschafter etwa im Wege einer Kapitalerhöhung neue Anteile hinzu erwerben kann, die ebenfalls von dem Angebot erfasst sein müssen, Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 105.

¹²³⁹ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 68 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 16 IV.

¹²⁴⁰ Die Verfügungsberechtigung liegt auch bei Unklarheit der Satzungsklausel jedenfalls im Zweifel bei der Gesellschafterversammlung, Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 116. Es stellt sich allerdings die Frage, ob überhaupt Zweifel angebracht sind, wenn die Gesellschafterversammlung eben auch die Übertragung bestimmen kann. Meines Erachtens ist dies eindeutig. Auch der BGH geht selbstverständlich von einer Zuständigkeit der Gesellschafter aus, BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881; so auch Grunewald, Ausschluss, S. 167; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 14; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.2.a). Die Diskussion bei Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 50 ist daher nicht ganz verständlich, wenngleich sie auch zu einer Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung gelangt. Zwar erwähnen die dort zitierten Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 33 die Möglichkeit, den Geschäftsführer zu ermächtigen, dies aber nur als verschiedene Alternativen für eine Satzungsregelung. Für eine Zuständigkeit des Geschäftsführers muss allerdings eine ausdrückliche Regelung gefordert werden.

¹²⁴¹ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881; Michalski, ZIP 1991, S. 147, 148; Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 121; Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 105; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 116; Volhard, GmbHR 1995, 617, 618 f.; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962. Nicht ganz geklärt ist allerdings die Frage, wie die Ermächtigung der Gesellschafterversammlung rechtlich einzuordnen ist, vgl. hierzu ausführlich unten 2. Kapitel: V.1.b)gg(1)(b)(bb), S. 136.

Allerdings ist dieser Vorschrift dann Rechnung getragen, wenn der Gesellschafterbeschluss eine wirksame Abtretungsvereinbarung enthält¹²⁴³, der Erwerber als Gesellschafter an dem Beschluss beteiligt ist und eine notarielle Beurkundung des Beschlusses erfolgt.¹²⁴⁴ Zudem muss für diesen Fall, ebenso wie bei einer bloßen Abtretungsverpflichtung, eine Ausnahme von der ansonsten grundsätzlich erforderlichen Zustimmung der Gesellschafterversammlung aufgrund der Vinkulierung nach § 15 V GmbHG im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden.¹²⁴⁵

Ein notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss wird aber dann den Anforderungen des § 15 III GmbHG nicht gerecht, wenn sich die Gesellschafter dazu entschließen, den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters auf einen Dritten zu übertragen, der an dessen Stelle treten soll, da dieser an der Beschlussfassung nicht beteiligt war. Gleiches gilt, falls ein Gesellschafter als Zessionar an der Beschlussfassung nicht beteiligt war. Dies führt zu einer gewissen Verzögerung des dinglichen Geschäfts. Die Zession wird erst dann wirksam, wenn der außenstehende Dritte bzw. Gesellschafter das in dem notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot in notarieller Form annimmt. Die getrennte Beurkundung ist möglich. Zwar ist die Abtretung ein Vertrag, so dass nach § 15 III GmbHG grundsätzlich dieser und nicht nur die Erklärung des Abtretenden zu beurkunden ist.¹²⁴⁶ Nach § 128 BGB genügt jedoch die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme.¹²⁴⁷

Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht an die Beschlussfassung für den Fall der Abtretung höhere Anforderungen zu stellen sind, als sie für die Einziehung gelten.¹²⁴⁸ Dies ließe sich damit begründen, dass die Gesellschafter es hinnehmen müssen, dass ein neuer Gesellschafter in ihren Kreis aufgenommen wird anstelle der Steigerung von Wert und Rentabilität der eigenen Anteile. Einstimmigkeit oder jedenfalls einer qualifizierten Mehrheit von $\frac{3}{4}$ sind je nach Interessenlage in Betracht zu ziehen.¹²⁴⁹

(c) Übernahmeverpflichtung des Erwerbers

Da sich die Gesellschafter grundsätzlich weigern können, ihre für den Abtretungsvertrag nach § 398 BGB notwendige dingliche Willenserklärung abzugeben, muss geprüft werden, ob eine, mit der Abtretungsverpflichtung korrespondierende, Übernahmeverpflichtung seitens des oder der Erwerber in die Satzung aufgenommen werden kann.¹²⁵⁰ Eine solche Handlungspflicht kann als Kehrseite der Abtretungsverpflichtung jedenfalls für die bereits beteiligten Gesellschafter als Nebenleistungspflicht nach § 3 II GmbHG in die Satzung aufgenommen werden.¹²⁵¹ Diese Möglichkeit scheidet aber aufgrund des Verbots verpflichtender Verträge zu Lasten Dritter¹²⁵² dann aus, wenn die Übertragung nicht auf die Mitgesellschafter, sondern an bisher unbeteiligte Dritte erfolgen soll. Die Übernahmeverpflichtung ist folglich auf Gesellschafter zu beschränken.

¹²⁴² Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 14; Michalski, ZIP 1991, 147, 148; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962. Der BGH hat in dem Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881 entschieden, dass die Gesellschafter bei entsprechender satzungsmäßiger Ermächtigung, einen Mitgesellschafter auch dadurch ausschließen können, dass sie seinen Geschäftsanteil abtreten. Er geht dabei mit keinem Wort auf die Problematik des § 15 III GmbHG ein, obwohl der Gesellschafterbeschluss nicht notariell beurkundet war. Die Notwendigkeit der Form des § 15 III GmbHG folgt schon daraus, dass nur auf diese Weise dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, nämlich, den leichten und spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu erschweren, Rechnung getragen werden kann, vgl. oben Fn. 1231.

¹²⁴³ Dies ist nicht ganz unproblematisch, da es sich bei dem Beschluss um einen solchen der GmbH handelt, der in einem Organ derselben, der Gesellschafterversammlung gefasst wird. Genau genommen liegt daher eine Willensäußerung der an der Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter nur im Hinblick auf die Willensbildung der GmbH vor. Jedenfalls kann jedoch der Abstimmung der Gesellschafter auch eine konkludente Abtretungserklärung entnommen werden, Wolff, GmbHR 1999, 958, 961.

¹²⁴⁴ Wolff, GmbHR 1999, 958, 962. Dies setzt allerdings voraus, dass die Gesellschafter, die den Geschäftsanteil erwerben sollen, nicht von ihrem Stimmrecht ausgeschlossen sind. Zu denken ist allenfalls an § 47 IV 2, Alt. 1 GmbHG. Diese Frage wird in der Literatur kaum diskutiert. Der BGH hat in dem Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880 f. die Frage nach einem Ausschluss des Stimmrechts nicht einmal angesprochen. Die Frage lässt sich wohl mit einem Vergleich zur Rechtslage der Anteilsvinkulierung nach § 15 V GmbHG lösen. Letztlich stellt sich die Ermächtigung der Gesellschafterversammlung zur Anteilsabtretung als der einfachere Weg dar für eine Kombination aus Abtretungsverpflichtung zu Lasten des Gesellschafters und einer Genehmigung der Abtretung durch die Gesellschafterversammlung nach § 15 V GmbHG. Für den Fall der Genehmigung nach § 15 V GmbHG ist anerkannt, dass das Stimmrecht des Erwerbers nicht ausgeschlossen ist nach § 47 IV 2, Alt. 1 GmbHG, da die Genehmigung zur mitgliedschaftlichen Sphäre des veräußernden und erwerbenden Gesellschafters zählt und nicht zur privaten, vgl. Fn. 663. Da die Abtretungsbefugnis der Gesellschafterversammlung dieses Verfahren nur verkürzt, kann nichts anderes gelten, Michalski, ZIP 1991, 147, 148 f. Darüber hinaus würde für die hier beabsichtigte Übertragung des Geschäftsanteils auf die übrigen Mitgesellschafter eine Beschlussfassung praktisch unmöglich, da nur Zedenten bzw. Zessionare an der Abstimmung beteiligt sind.

¹²⁴⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb(1)(b)(ff), S. 67. Es könnte allerdings, da die Gesellschafterversammlung zugleich für die Zustimmung zuständig ist, vgl. a.a.O., in dem Abtretungsbeschluss zugleich die Zustimmung gesehen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dennoch die explizite Aufnahme einer Ausnahme vom Zustimmungserfordernis zu empfehlen.

¹²⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 12.7.1956, BGHZ 21, 242, 247.

¹²⁴⁷ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 21; Wolff, GmbHR 1999, 958, 961, 962; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 92.

¹²⁴⁸ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(f)(cc), S. 103.

¹²⁴⁹ Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20 Anm. 64.

¹²⁵⁰ Wolff, GmbHR 1999, 958, 962, Fn. 58; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 29.

¹²⁵¹ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 41, 43. Teilweise wird diese Verpflichtung auch als unbeschränkte Nachschusspflicht nach § 26 GmbHG mit der Folge des Preisgaberechts nach § 27 GmbHG eingeordnet, Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 104. Diese Einordnung ist aber schon deshalb fraglich, weil primär eine Handlungspflicht in Frage steht, die die Abfindungszahlung erst auslöst, mithin nur als mittelbare Folge. Eine Nachschusspflicht setzt jedoch – an erster Stelle – eine Geldleistung voraus, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 26 Rn. 2. Die Frage nach einer Nachschusspflicht kann sich daher nur hinsichtlich der Frage der Abfindung selbst stellen. Insoweit lässt Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 104 eine Differenzierung vermissen. Vgl. genauer unten 2. Kapitel: V.1.b)ff(2)(d), S. 129.

¹²⁵² Diese sind mit der Privatautonomie nicht vereinbar und auch im BGB nicht vorgesehen, vgl. BGH, Urteil vom 9.4.1970, NJW 1970, 2157; Urteil vom 9.3.1972, NJW 1972, 942, 943; Urteil vom 14.7.1995, NJW 1995, 3183, 3184; MünchKomm-Gottwald, § 328 Rn. 171; Staudinger-Jagmann, vor § 328 Rn. 42 ff.; Säcker, S. 49 ff.

(d) Statutarischer Abfindungsanspruch gegen den/die Erwerber

Die Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung stehen im Falle einer Abtretungsermächtigung – jedenfalls auf den ersten Blick¹²⁵³ – dann nicht entgegen, wenn von der Ermächtigung in der Satzung derart Gebrauch gemacht wird, dass die Übertragung nicht an die Gesellschaft erfolgt,¹²⁵⁴ sondern an die Mitgesellschafter oder Dritte und diese vor allem dazu verpflichtet werden, für die dem betroffenen Gesellschafter zu zahlende Abfindung aufzukommen. Dann sind die Kapitalschutzbestimmungen, die für die GmbH greifen, nicht tangiert.¹²⁵⁵ § 19 II GmbHG ist schon deshalb kein Hindernis, weil die Einlageverpflichtung nicht erlischt, sondern vielmehr der Erwerber neben dem Veräußerer haftet, § 16 III GmbHG.¹²⁵⁶ Anders als im Falle der Einziehung¹²⁵⁷ richtet sich der Anspruch des betroffenen Gesellschafter auf Abfindung nicht notwendig bzw. in erster Linie gegen die Gesellschaft,¹²⁵⁸ so dass §§ 34 III, 30 I GmbHG, die auch auf die Zwangsabtretung Anwendung finden,¹²⁵⁹ nicht entgegenstehen scheinen.

Zu denken ist zunächst an eine satzungsmäßige Bestimmung, nach der der Erwerber unmittelbar zur Zahlung der Abfindung verpflichtet wird. Ein eigener unmittelbarer Anspruch des Ausgeschlossenen aus der Satzung kommt jedoch wegen des Verbots eines Vertrages zu Lasten Dritter¹²⁶⁰ nur dann in Betracht, wenn auch der Übernehmer Mitgesellschafter ist. Dies entspricht häufig gerade der gewünschten Situation, da es den Gesellschafter darum gehen wird, den Anteil anteilig zu erhalten. Es handelt sich bei dieser nur schuldrechtlichen Verpflichtung der Gesellschafter untereinander um einen so genannten unechten Satzungsbestandteil, der nur die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander betrifft.¹²⁶¹

Man muss jedoch auch dem Umstand Rechnung tragen, dass den Gesellschaftern im Einzelfall auch daran gelegen sein kann, einen neuen Gesellschafter, der ihren Wunschvorstellungen entspricht, in die Gesellschaft aufzunehmen, um vor allem die Haftungsverhältnisse auch nach dem Ausscheiden des ursprünglichen Gesellschafter beibehalten zu können.¹²⁶² Für diesen Fall würde es sich bei obiger Regelung um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln.¹²⁶³

Hier bleibt nur die Möglichkeit, dass eine Abfindungsbestimmung als echter Satzungsbestandteil aufgenommen wird. Dann liegt eine Ausgestaltung des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafter im Sinne des § 3 II GmbHG vor.¹²⁶⁴ Der ausgeschlossene Gesellschafter hat in diesem Fall allerdings keinen unmittelbaren Anspruch auf die Abfindung, da es sich um eine Verpflichtung handelt, die mit dem Geschäftsanteil zu Lasten des jeweiligen erwerbenden Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft verbunden ist. Es kann somit nur die Gesellschaft den Abfindungsanspruch gelten machen, wobei sie allerdings darauf beschränkt ist, den Übernehmer zur Zahlung an den ausgeschlossenen Gesellschafter aufzufordern.¹²⁶⁵

Es ist zwar zuzugeben, dass diese Regelung nicht weniger kompliziert ist als eine Gestaltung, die im Falle der Einziehung zur Umgehung des § 30 I GmbHG aus eben diesem Argument kritisiert wurde.¹²⁶⁶ Es ist vor allem auch bei einer bloßen Einziehungsermächtigung ohne die Möglichkeit alternativer Abtretung an eine Zahlungsverpflichtung der Mitgesellschafter zu denken für den Fall, dass die Abfindung nur aus gebundenem Vermögen

¹²⁵³ Vgl. aber zur Problematik der zumindest subsidiären Haftung der Gesellschaft unten **2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(f), S. 130.**

¹²⁵⁴ Vgl. hierzu auch unten Fn. **1425.**

¹²⁵⁵ Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 114; Reichert, Der GmbH-Vertrag, S. 121; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962, Fn. 52.

¹²⁵⁶ BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059 mit Anmerkung Blöse/Kleinert, GmbHR 2003, 1064, 1065.

¹²⁵⁷ Hier besteht der Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 19; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 70, 119; dies gilt wie generell auch im Falle der Ausschließung aus wichtigem Grund, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 127.

¹²⁵⁸ Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1500; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 119; Ders, ZHR 149 (1985), 28, 41; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962; vgl. auch Volhard, GmbHR 1995, 617.

¹²⁵⁹ BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059.

¹²⁶⁰ Vgl. hierzu oben Fn. **1252.**

¹²⁶¹ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 120 für den Fall eines Vorerwerbsrechts, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ff)(2), S. 126.** Ob eine statutarische Abfindungsregelung als unechter Satzungsbestandteil zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 120. Schon deshalb empfiehlt sich eine möglichst genaue Regelung. Vgl. zur Terminologie unechter Satzungsbestandteil unten Fn. **1366** sowie vor allem zur Abgrenzung zu echten Satzungsbestandteilen unten **2. Kapitel: V.1.b)gg)(2)(a), S. 139.**

¹²⁶² Vgl. hierzu oben **2. Kapitel: V.1.b), S. 82.**

¹²⁶³ Hierzu oben Fn. **1252; Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 120.**

¹²⁶⁴ Teils wird hierbei, soweit die Übertragung auf die Mitgesellschafter gegen Abfindungszahlung erfolgt – auch auf eine unbeschränkte Nachschusspflicht nach § 26 GmbHG mit der Folge des § 27 GmbHG abgestellt, vgl. Schmidt-Diemitz, RWS-Forum, S. 79, 104. Es empfiehlt sich jedenfalls, die Satzung explizit zugunsten des § 3 II GmbHG auszugestalten. Zwar kann im Beschluss betreffend die Abtretung auch eine Beschlussfassung betreffend die Auslösung der Nachschusspflicht gesehen werden, vgl. hierzu sowie generell zur Abgrenzung Nachschusspflicht – Nebenleistungspflicht oben Fn. **1084.** Doch droht bei einer beschränkten Nachschusspflicht über § 28 GmbHG und bei einer unbeschränkten Nachschusspflicht über § 27 GmbHG der Ausschluss bzw. das Ausscheiden eines Gesellschafter. Dies würde dem Sinn und Zweck der Einziehungs- und Abtretungsregelung, der in der Erhaltung der Beteiligungs- und Personenidentität zu sehen ist, aber gerade entgegenlaufen, vgl. Kranz, S. 177 f.

Strittig ist, ob sich eine entsprechende Verpflichtung des Erwerbers auch aus der bloßen Vereinbarung eines Erwerbsrechts mit dinglicher Wirkung ergeben kann, so ausdrücklich Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 119. Es ist zwar davon auszugehen, dass auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung ein Anspruch auf Abfindung zum vollen Verkehrswert gegen die Gesellschaft besteht, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3), S. 108.** Es ist jedoch nicht so recht ersichtlich, warum diese Verpflichtung der Gesellschaft auf den Erwerber übergehen sollte, da statutarische Pflichten diesen grundsätzlich nur dann treffen können, wenn sie für diesen wenigstens erkennbar sind, Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 122. Jedenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollte auch im Hinblick auf diese Streitigkeit eine explizite Regelung im Sinne des § 3 II GmbHG in die Satzung aufgenommen werden.

¹²⁶⁵ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 120 f.; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 119.

¹²⁶⁶ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125.**

möglich ist.¹²⁶⁷ Doch ist der entscheidende Vorteil dieser Lösung die Flexibilität der Regelung. Die Gesellschafter sind eben nicht auf die Einziehung beschränkt, sondern können neben der Möglichkeit, den Anteil auf sich zu übertragen und dadurch eine der Einziehung entsprechende Rechtslage herbeizuführen, vor allem auch einen von ihnen gewünschten neuen Gesellschafter in ihre Mitte aufnehmen, dem es obliegt, die Zahlungsverpflichtung zu übernehmen. Die Realisierung einer entsprechenden Regelung wird daher auf ungleich geringeren Widerstand stoßen.

(e) Abfindungsverpflichtung des/der Erwerber aus dem Kausalgeschäft

Ein unmittelbarer Anspruch des ausscheidenden Gesellschafters aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäft kommt nur dann in Betracht, wenn dieser auch selbst die Möglichkeit hat, einen seinen Wünschen gerecht werdenden Kaufvertrag etc. mit dem Erwerber zu schließen. Der ausscheidende Gesellschafter kann aber nur dann auf die Gestaltung des Vertrages Einfluss nehmen, wenn ein Vorerwerbsrecht¹²⁶⁸ in der Satzung vereinbart ist, das von der Geltendmachung durch den Berechtigten abhängig ist und dann die Abfindungsverpflichtung auslöst oder zumindest das Ankaufsrecht obligatorisch¹²⁶⁹ ausgestaltet wurde. Im Falle der Zwangsabtretung unter Formulierung eines Ankaufsrechts in der hier vertretenen dinglichen Ausgestaltung,¹²⁷⁰ das die Abtretung dem Willen des ausscheidenden Gesellschafters entzieht, ist dies jedoch gerade nicht der Fall. Er kann sich jedenfalls den Erwerber nicht aussuchen. Dem Gesellschafter ist in diesem Fall die Entscheidungskompetenz entzogen. Er hat keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung, da er an dieser nicht beteiligt ist, diese vielmehr von der Gesellschaft vorgenommen wird.¹²⁷¹

Die Gesellschaft ist zwar wie der Gesellschafter selbst durch die Treuepflicht gebunden. Ein Verstoß gegen die Treuepflicht¹²⁷² führt allerdings nicht zur Unwirksamkeit eines für den ausgeschlossenen Gesellschafter nachteilhaften Geschäfts. Die Gesellschaft wird sich grundsätzlich, entsprechend der auch von ihr zu beachtenden Treuepflicht, an die in der Satzung festgelegten Bedingungen halten und die in der Verfügungsbefugnis enthaltene Ermächtigung, auch das Kausalgeschäft im eigenen Namen abzuschließen, in diesem Sinne ausüben. Folge ist ein Vertrag zugunsten Dritter, so dass der betroffene Gesellschafter einen Anspruch gegen den Erwerber aus § 328 BGB erwirbt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist zugunsten des Gesellschafters in die Klausel eine Verpflichtung der Gesellschaft aufzunehmen, nach der diese dem auszuschließenden Gesellschafter einen entsprechenden Anspruch zu verschaffen hat.¹²⁷³

Vor dem Hintergrund, dass ein schuldrechtlicher Anspruch aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Kausalgeschäft mithin einen gewissen Unsicherheitsfaktor in sich birgt, ist umso mehr auf eine möglichst genaue Regelung in der GmbH-Satzung Wert zu legen. Der sicherste Weg ist die Vereinbarung einer entsprechenden Nebenleistungspflicht im Sinne des § 3 II GmbHG.

(f) Haftung der GmbH neben dem Anteilserwerber¹²⁷⁴

Die bisher aufgezeigte Lösung über eine Wahlmöglichkeit der Gesellschafterversammlung, anstelle der Einziehung den Geschäftsanteil abzutreten, um einen Konflikt mit den Kapitalaufbringungs- und erhaltungsbestimmungen der §§ 19 II, 34 III iVm. 30 GmbHG zu vermeiden, müsste allerdings dann wieder angezweifelt werden, wenn neben dem/den jeweiligen Erwerber(n) die GmbH selbst subsidiär haften würde. Die Bestimmungen der §§ 34 III, 30 I GmbHG finden auch auf den Ausschluss mittels Zwangsabtretung Anwendung.¹²⁷⁵ Die Problematik einer Haftung der GmbH wird in Rechtsprechung und Literatur, wie auch generell die Frage nach dem Schuldner des Abfindungsanspruchs, kaum behandelt.¹²⁷⁶ Der BGH formuliert in der grundlegenden Entscheidung vom 20.6.1983¹²⁷⁷ lapidar:

„Der bei der Ausschließungsklage und anderen Gestaltungen erörterte Gesichtspunkt, dies (gemeint ist die Frage, ob dem ausgeschlossenen Gesellschafter ein Abfindungsanspruch zusteht – Anmerkung des Verfassers) könne in Frage gestellt sein, wenn Abfindungsschuldner die Gesellschaft und diese durch § 30 GmbH (G – Anmerkung des Verfassers) an der Auszahlung gehindert sei, spielt aber keine Rolle,

¹²⁶⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. 110.

¹²⁶⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2), S. 126.

¹²⁶⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(a), S. 126.

¹²⁷⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127.

¹²⁷¹ Vgl. oben Fn. 1241.

¹²⁷² Vgl. zur Treuepflicht, die auch der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern obliegt, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 21 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 13 Rn. 35 ff.

¹²⁷³ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 121 f. Wer die Verfügungsbefugnis aus einer entsprechenden Vollmacht ableiten will, § 164 ff. BGB, muss hier zu einem direkten Anspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters gelangen, da die Gesellschaft dann nur für und gegen den Gesellschafter tätig wird.

¹²⁷⁴ Vgl. zur umgekehrten Problematik einer primären Haftung der Gesellschaft kraft Satzungsregelung im Hinblick auf eine subsidiäre pro rata – Haftung der Anteilserwerber BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059.

¹²⁷⁵ BGH, Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059.

¹²⁷⁶ Diese Frage wird von den meisten Autoren gar nicht diskutiert, sondern meist ohne Begründung festgestellt, dass bei Übertragung auf einen anderen als die Gesellschaft, die Kapitalschutzbestimmungen nicht tangiert sind, vgl. Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1500; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 698; Wolff, GmbHR 1999, 958, 962, Fn. 52. Vgl. aber für den Fall des Austritts im Sinne einer Haftung auch der GmbH Grunewald, GmbHR 1991, 185, 187; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 58.

¹²⁷⁷ NJW 1983, 2880, 2881.

wenn Mitgesellschafter den Anteil erwerben und die Abfindung zu zahlen haben; der Ausgeschiedene ist gerade hier weitgehend geschützt, weil er notfalls die Geschäftsanteile dieser Gesellschafter pfänden und sich so befrieden kann. Auf die weitere Frage, ob bei einer Anteilsübertragung auf Dritte eine subsidiäre Haftung der GmbH für die Abfindung in Betracht kommt, braucht nicht eingegangen zu werden. Dem Kl. geht es in diesem Rechtsstreit um die Mitgliedschaft und nicht um die Abfindung; er hat auch gar nicht behauptet, dass die Zessionare sie nicht zahlen können.“

Der BGH geht somit allenfalls von einer subsidiären Haftung der GmbH neben dem Erwerber aus.¹²⁷⁸ Fraglich ist, ob eine Haftung der GmbH überhaupt neben dem Erwerber denkbar ist. Während für den Fall der freiwilligen Veräußerung alles andere als ein Abstellen auf eine alleinige Verpflichtung des Erwerbers abwegig ist, weil schließlich der Geschäftsanteil nicht untergeht,¹²⁷⁹ muss bei der hier maßgeblichen Zwangsabtretung eine gänzlich andere Ausgangslage berücksichtigt werden. Der betroffene Gesellschafter kann sich den Erwerber nicht aussuchen, womöglich ist er mit diesem nicht einverstanden, weil er illiquide ist. Die Gesellschaft könnte in diesem Fall das Risiko, eine dem Anteil entsprechende Abfindung zu erhalten, einseitig zu Lasten des Gesellschafters verlagern, was für eine zusätzliche Haftung der Gesellschaft neben dem Erwerber sprechen könnte, zumal der Gesellschafter ein berechtigtes Interesse daran hat, als Abfindungsschuldner die Gesellschaft selbst in Anspruch nehmen zu können, die er bei Eintritt in die Gesellschaft als Vertragspartner akzeptiert hat.¹²⁸⁰ Freilich wird die Gesellschaft schon wegen ihrer Treuepflicht gegenüber dem Gesellschafter an einer solchen Risikoverlagerung grundsätzlich kein Interesse haben.¹²⁸¹ Eine Gefahr für den Gesellschafter lässt sich dennoch nicht von der Hand weisen, was auch der BGH in dem vergleichbaren Zusammenhang erkannt hat. Bei einem Ausschluss des Gesellschafters mit Gestaltungs- und anschließender Verwertung des Gesellschaftersanteils¹²⁸² stellt auch der BGH explizit auf die Gefahr der Illiquidität des von der GmbH bestimmten Käufers ab und folgert daraus jedenfalls eine Haftung auch der GmbH selbst. Da der auszuschließende Gesellschafter ein natürliches Interesse daran hat, den vollen Gegenwert für seinen Geschäftsanteil zu erhalten, sieht der BGH im Hinblick auf die Problematik der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsbestimmungen sogar nur die Möglichkeit, das Ausschlussurteil unter die aufschiebende Bedingung einer Abfindungszahlung der GmbH oder durch sie zu stellen.¹²⁸³

Es ist letztlich davon auszugehen, dass die Gesellschaft das von dem Dritten zu erlangende Entgelt nur zur Finanzierung der eigenen Zahlungsverpflichtung verwenden kann, auf alle Fälle aber selbst verpflichtet bleibt.¹²⁸⁴ In Anbetracht der Tatsache, dass auch die Zwangsabtretung nur eine besondere Form der Ausschließung darstellt,¹²⁸⁵ wäre es daher nahe liegend, entgegen der Annahme des BGH im Urteil vom 20.6.1983,¹²⁸⁶ nicht nur

¹²⁷⁸ Das Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059 lässt sich schwierig in diesen Zusammenhang einordnen. Der BGH hält es hier – so lässt sich seinen Ausführungen entnehmen – für eher ungewöhnlich, dass trotz Abtretung an die Gesellschafter die Gesellschaft für die Abfindung aufkommen soll. Doch ging es hier gerade um das entgegengesetzte Problem, dass die Gesellschaft kraft Gesellschaftsvertrags primäre Abfindungsschuldnerin ist, also eine explizite Regelung im Gesellschaftsvertrag dahingehend gegeben ist. Es stellte sich dann die umgekehrte Frage nach einer subsidiären Haftung der Erwerber.

¹²⁷⁹ Vgl. vor allem *Sudhoff*, Gesellschaftsvertrag, S. 580; hierzu auch unten **2. Kapitel: V.1.c)dd)(2), S. 151**.

¹²⁸⁰ *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 123 f.

¹²⁸¹ Vgl. schon oben **2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(e), S. 130**.

¹²⁸² Vgl. hierzu unten **2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133**.

¹²⁸³ Vgl. BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 170, 174; bestätigt durch BGH, Urteil vom 17.2.1955, BGHZ 16, 317, 322, 325; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.10.1999, GmbHR 1999, 543, 547; unklar dagegen OLG Hamm, Urteil vom 6.5.1992, GmbHR 1992, 757, 758: das Gericht macht den Abfindungsschuldner davon abhängig, ob sich die Gesellschaft für die Einziehung oder die Ausschließung entscheidet; der Rechtsprechung des BGH folgt auch in der Literatur die nahezu einhellige Meinung, vgl. *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 29 Rn. 45; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 30; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 123, 127; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 142 a, 145; einschränkend, aber wie der BGH im Sinne der Bedingungstheorie *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 31 f., der unter Berufung auf § 208 I RegE GmbHG 1971/73 (BT-Drucks. 6/3088, S. 57 = 7/253, S. 57; vgl. zum Schicksal des RegE bereits oben Fn. **1023**) eine Festsetzung der Abfindung davon abhängig macht, dass der Beklagte sie zum Streitgegenstand macht. Auch er geht jedoch von einer Haftung der GmbH aus; ebenso (ohne Erwähnung des RegE GmbHG 1971/73) *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 54 (Er lehnt allerdings jegliche Bedingungstheorie ab, vgl. *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 53, 54 i.V.m. § 34 Rn. 20 ff., vgl. schon oben zur Einziehung Fn. **1104**); unter Berufung auf § 208 I RegE GmbHG 1971/73 auch *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 36 (er stellt allerdings auf eine auflösende Bedingung ab); nach dieser Auffassung wäre auf Antrag nur eine vorläufige Abfindung festzusetzen (Schätzung nach § 287 ZPO, Orientierung an § 208 II RegE GmbHG 1971/73 - BT-Drucks. 6/3088, S. 57 = 7/253, S. 57), deren Zahlung zunächst nur als eine Obliegenheit (weitergehend im Sinne von Fälligkeit sogar *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 41) der Gesellschafter gesehen wird, da ansonsten die Rechte des betroffenen Gesellschafters wieder aufleben [vgl. zum Aufleben für den Fall der Einziehung oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(cc), S. 117**, vgl. zur Frage, ob die Rechte überhaupt ruhen unten **3. Kapitel: I.3.b), S. 202**]; im Urteil ist dann eine Frist vorzusehen und das Urteil an die Bedingung zu knüpfen, dass die vorläufige Abfindung an den Gesellschafter fristgerecht gezahlt wird, *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 32, 35 (aufschiebend); *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 36 (auflösend); andere Ansicht bzgl. letzterer Aspekte, weil Bedingung ablehnen, wiederum *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 54. Die endgültige (restliche) Abfindung wird spätestens mit Rechtskraft des Ausschlussurteils fällig, wenn auch dessen Wirkungen erst später eintreten, *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 35.

Vgl. zur Kritik an dieser Rechtsprechung, die an der Koppelung von Ausschließung und Abfindung sowie an der Aufnahme einer Bedingung im Ausschlussprozess ansetzt vor allem *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 33 ff., der im Ergebnis auf eine auflösende Bedingung abstellt; *Spitze*, Ausschluss, S. 93 ff. Die Tatsache der Schuldnerschaft der GmbH ist jedoch unbestritten. Kern der Problematik sind die Kapitalschutzbestimmungen. Vgl. hierzu auch unten Fn. **1961**. Der Streit läuft weitgehend parallel zur Einziehung, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113**.

Vgl. dagegen zur anderen Auffassung des BGH bei Ausschluss durch Gesellschafterbeschluss statt Gestaltungsurteil unten **3. Kapitel: I.3.b), S. 202**. Dies ändert jedoch nichts daran, wer als Abfindungsschuldner in Frage kommt.

¹²⁸⁴ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 167 f.; *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 124; *Spitze*, Ausschluss, S. 108 f. Unklar im Hinblick auf eine Haftung der GmbH dagegen *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 119.

¹²⁸⁵ Vgl. unten **2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133**.

einen subsidiären Anspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters zu bejahen.¹²⁸⁷ Dies würde allerdings zu dem Ergebnis führen, dass auch der der Gesellschafterversammlung wahlweise eingeräumten Befugnis, statt der Einziehung die Abtretung zu beschließen, die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsbestimmungen entgegenstünden bzw. diese wiederum nur um den Preis erheblichen vertragsgestalterischen Aufwands eingehalten werden könnten. Eine Abhilfe über die Möglichkeit der Festlegung des Ausscheidenszeitpunkts, wie sie der BGH nunmehr zugelassen hat,¹²⁸⁸ hilft nur insoweit weiter, als es um Fälle geht, in denen nicht schon bei Beschlussfassung der Verstoß gegen die Stammkapitalbindung feststeht.¹²⁸⁹

Die Frage, ob die Gesellschaft nun haftet und in welchem Verhältnis ihre Haftung zu der des Erwerbers steht, kann offen bleiben, wenn die Möglichkeit besteht, die Haftung auf den Erwerber des Anteils zu beschränken. Die Lösung des Problems kann sich letztlich nur aus der Satzung ergeben. In diese kann die Regelung aufgenommen werden, dass die Abfindung allein vom Erwerber des Geschäftsanteils aufzubringen ist. Dann hat der Gesellschafter mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags bzw. mit seinem Beitritt in die Beschränkung seines Abfindungsanspruchs eingewilligt und muss diese ebenso hinnehmen wie überhaupt die Möglichkeit der Einziehung bzw. Abtretung im Falle der Pfändung seines Geschäftsanteils durch den Vollstreckungsgläubiger.¹²⁹⁰ Damit würde die Quelle des Übels beseitigt und die Bestimmungen zum Schutz der Stammkapitalbindung umgangen. Praxisüblich ist allerdings nicht eine gänzliche Abwälzung der Abfindungsverpflichtung auf den Erwerber, sondern eine Beschränkung der Haftung der GmbH auf die Übernahme einer Sicherheit für die Zahlungsverpflichtung des Erwerbers. Durch die Übernahme einer Bürgschaft seitens der GmbH wird letztlich die oben unter einem anderen Aspekt angerissene Subsidiarität der Haftung der Gesellschaft erreicht, wenn nicht bereits in der Satzung auf die Einrede der Vorklage verzichtet wird.¹²⁹¹ Freilich muss dann § 30 GmbHG beachtet werden. Die Bestellung von Sicherheiten darf nicht dazu benutzt werden, die Kapitalerhaltungsvorschriften zu umgehen. Die Anwendbarkeit des § 30 GmbHG auch bei Sicherheiten ist daher einhellige Meinung.¹²⁹² Es besteht jedoch die Möglichkeit, durch eine entsprechende Ausgestaltung der Bürgschaftsklausel, das Risiko des § 30 GmbHG auszuschalten, so dass die Einräumung eines Wahlrechts zwischen Einziehung und Abtretung durch die Vereinbarung eines Ankaufsrechts jedenfalls eine flexible Handhabung der Pfändungsproblematik entsprechend der finanziellen Lage der Gesellschaft und den Interessen der Gesellschafter ermöglicht.¹²⁹³ Die Schwächen, die der Zwangseinziehung aufgrund der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsbestimmungen entgegenstehen, können auf diese Weise weitestgehend kompensiert werden.

(g) Zeitpunkt des Verlustes der Gesellschafterstellung

Der Beschluss hat den sofortigen Übergang des Geschäftsanteils mit Beschlussfassung – eventuell verzögert durch die erst noch einzuholende notariell beurkundete Erklärung eines Dritten¹²⁹⁴ – zur Folge, wenn in der Sat-

¹²⁸⁶ NJW 1983, 2880, 2881.

¹²⁸⁷ Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 126 f.

¹²⁸⁸ Urteil vom 30.6.2003, DB 2003, 2058, 2059, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

¹²⁸⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125.

¹²⁹⁰ Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 124.

¹²⁹¹ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20, § 24 II i.V.m. Anm. 64.

¹²⁹² RG, Urteil vom 23.10.1931, RGZ 133, 393, 395; Urteil vom 22.4.1932, RGZ 136, 260, 264; Urteil vom 15.12.1941, RGZ 168, 292, 297 f.; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 30 Rn. 57; Hachenburg-Goerdeler/Müller, § 30 Rn. 65 f.; Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20 Anm. 64; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 30 Rn. 18; Lutter/Hommelhoff, § 30 Rn. 30 ff.; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757, 1758; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 30 Rn. 36; Scholz-Westermann, § 30 Rn. 31. Strittig ist allerdings der Zeitpunkt für die Beurteilung einer für § 30 I GmbHG erforderlichen Unterbilanz: Es muss dabei differenziert werden zwischen dem Fall der Sicherung einer dem Gesellschafter zustehenden Forderung gegen einen Dritten und dem der Sicherung einer Forderung, die ein Dritter gegen den Gesellschafter hat, vgl. Michalski-Heidinger, § 30 Rn. 53; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 30 Rn. 36 f.; Hachenburg-Westermann, § 30 Rn. 64. Nur der erstere Fall interessiert hier. Genau genommen muss zwischen der Frage, wann eine Auszahlung im Sinne des § 30 GmbHG vorliegt und dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Feststellung einer Unterbilanz differenziert werden, KG Berlin, Urteil vom 11.1.2000, NZG 2000, 479, 480 f.; Michalski-Heidinger, § 30 Rn. 55. Es kommen als Beurteilungszeitpunkte die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit (Stimpel, in FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 357; im Anschluss daran auch Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 30 Rn. 60: er stellt jedenfalls auf die Bestellung der Sicherheit ab und sieht darüber hinaus schon den Zeitpunkt der Verpflichtung gegenüber dem Sicherungsnehmer zur Bestellung als richtig an), die Bestellung der Sicherheit (so jedenfalls Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 30 Rn. 60; für den Fall der Sicherung einer Forderung gegen den Gesellschafter auch BGH, Urteil vom 20.10.1975, NJW 1976, 751, 752 für den Fall der Bestellung einer Grundschuld durch eine KG und Abtretung an den Kreditgeber eines Kommanditisten als Fall des § 172 IV HGB), die Gefährdung des Gesellschaftsvermögens durch wahrscheinliche Inanspruchnahme aus der Sicherheit (Lutter/Hommelhoff, § 30 Rn. 33) und die tatsächliche Verwertung der Sicherheit in Betracht (OLG München, Urteil vom 16.6.1998, GmbHR 1998, 986; KG Berlin, Urteil vom 11.1.2000, NZG 2000, 479, 481; nunmehr wohl überwiegende Meinung, Hachenburg-Goerdeler/Müller, § 30 Rn. 66). Teilweise wird auch danach differenziert, ob es sich um eine dingliche oder um eine schuldrechtliche Sicherheit handelt (Maier-Reimer, in FS Rowedder, S. 245, 250 ff., 257 ff.; Meister, WM 1980, 390, 392 ff., beide allerdings Schulden des Gesellschafters betreffend). Vgl. ausführlich zum Streitstand Michalski-Heidinger, § 30 Rn. 53 ff.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 30 Rn. 19; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757, 1760 m.w.N.; Scholz-Westermann, § 30 Rn. 31.

¹²⁹³ Vgl. zum Streitstand für den Fall einer Verbindlichkeit des Gesellschafters Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757, 1760; Steinbeck, WM 1999, 885 ff.; Stimpel, in FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 354 ff.; Scholz-Westermann, § 30 Rn. 31 ff. Hier stellt sich schon die Frage, ob § 30 überhaupt anwendbar ist, da Sicherungsnehmer der Dritte ist, vgl. hierzu Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 30 Rn. 19 a. E. i.V.m. Rn. 17; Stimpel, in FS 100 Jahre GmbHG, S. 335, 355 f.

¹²⁹⁴ So kann ein Vorbehalt des Inhalts vorgesehen werden, dass Zahlungen aufgrund der Bürgschaft nicht geschuldet werden, soweit dadurch das Stammkapital angegriffen oder eine bereits bestehende Unterbilanz vertieft würde, vgl. Maier-Reimer, in FS Rowedder, S. 245, 254; vgl. hierzu Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.20, § 24 II i.V.m. Anm. 64.

¹²⁹⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127.

zung nicht eine aufschiebend bedingte Abtretung vorgesehen wird.¹²⁹⁵ Es handelt sich hier um eine andere Problematik als bei der Einziehung. Zwar wird auch im Rahmen eines Gesellschafterausschlusses im Wege der Abtretung eine Abfindung fällig,¹²⁹⁶ die die Stammkapitalbindung einzuhalten hat, da § 30 I GmbHG nicht von der Wahl des Ausschlusses abhängig ist, sondern allein davon, ob das Stammkapital gefährdet ist. Doch ist die Stammkapitalbindung nicht tangiert, weil Abfindungsschuldner nach der hier vertretenen Auffassung nicht die Gesellschaft ist und das Risiko eines Verstoßes gegen § 30 I GmbHG bei Inanspruchnahme der Gesellschaft als Sicherungsgeberin vertragsgestalterisch letztlich ausgeschaltet werden kann.¹²⁹⁷ Auch erfordert die Schutzwürdigkeit des Gesellschafters, die die herrschende Meinung zur Annahme einer nur aufschiebenden, durch die Abfindungszahlung bedingten, Einziehung veranlasst,¹²⁹⁸ keine andere Bewertung, weil der Gesellschafter nicht schutzlos gestellt ist. Er wird weitgehend etwa dadurch geschützt, dass er notfalls die Geschäftsanteile seiner Mitgesellschafter pfänden lässt, wenn an sie abgetreten wurde, und sich daraus befriedigen kann,¹²⁹⁹ bzw. gegen den oder die Dritterwerber vorgeht. Es taucht daher hier auch nicht das Problem auf, inwieweit der Zeitpunkt des Verlustes in der Satzung festgelegt werden kann.¹³⁰⁰

(3) Erfordernis der Ausschließung des Gesellschafterschuldners

Zu klären bleibt wie die Klausel zu formulieren ist. Es sind hier verschiedene Varianten gängig. Hauptsächlich gibt es zwei Alternativen. Die eine sieht für den Fall der Pfändung den Ausschluss des Gesellschafters vor und überlässt es dann der Gesellschafterversammlung, ob eine Zwangsabtretung oder eine Zwangseinziehung erfolgt.¹³⁰¹ Die andere Klausel ermöglicht lediglich alternativ einen Beschluss der Gesellschafterversammlung, der entweder auf die Abtretung oder die Einziehung gerichtet ist, also nicht auf die Ausschließung unter Anteilseinziehung bzw. -abtretung abstellt.¹³⁰²

Zu klären ist somit, inwieweit in der Klausel zunächst, gleichsam als Vorstufe zu Einziehung oder Abtretung, die Ausschließung des Gesellschafters vorzusehen ist, dessen Gläubiger die Pfändung in den Gesellschaftsanteil betreibt. Die Ausschließung eines Gesellschafters wurde vom Gesetzgeber des GmbHG nur vereinzelt vorgesehen, so wegen Säumigkeit mit der Zahlung der Stammeinlage, § 21 GmbHG bzw. von Nachschüssen, § 28 GmbHG. Es fehlt dagegen eine Möglichkeit, den Gesellschafter aus anderen Gründen, die ihn untragbar machen, auszuschließen, wie im Recht der Personengesellschaften in §§ 140, 133 HGB vorgesehen. Nach der gesetzlichen Regelung bliebe nur die Möglichkeit der Auflösungsklage nach § 61 GmbHG, die jedoch nicht im Interesse der übrigen Gesellschafter ist.¹³⁰³

Die Ausschließung aus wichtigem Grund ist allerdings auch ohne gesetzliche Regelung, im Wege rechtsfortbildender Entwicklung allgemeiner Grundsätze und entsprechend dem Grundgedanken der Lösbarkeit personenbezogener Dauerrechtsverhältnisse in Anlehnung an das Personengesellschaftsrecht, auch ohne satzungsmäßige Regelung allgemein anerkannt.¹³⁰⁴

¹²⁹⁵ BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 14; vgl. zur aufschiebenden Bedingung schon oben Fn. 2. **Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127.**

¹²⁹⁶ Vgl. hierzu oben Fn. 1054.

¹²⁹⁷ Vgl. oben 2. **Kapitel: V.1.b)ff)(2)(d), S. 129** sowie die daran anschließenden Gliederungspunkte.

¹²⁹⁸ Vgl. oben 2. **Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113.**

¹²⁹⁹ BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881. Dem trägt Bösert, GmbHR 1994, 293, 297, nicht Rechnung, wenn er pauschal, auch für den Fall der Abtretung, auf die Bedingungstheorie abstellt. Es muss gerade berücksichtigt werden, ob sich der Gesellschafter in einer der Einziehung vergleichbaren Rechtslage befindet. Dies kann nur für den Fall der Abtretung an die Gesellschaft selbst angenommen werden wegen § 33 II GmbHG. Hier ist sein Abfindungsanspruch in ähnlicher Weise gefährdet. Dies verkennt auch Scholz-Winter, § 15 Rn. 126: Es stellt sich zudem die Frage, welchen Fall er meint, wenn er davon spricht, dass die Gesellschaft die Abtretung verlangen kann. Er stellt wohl auf den Fall ab, dass nicht die dingliche, sondern die obligatorische Variante gewählt wurde, vgl. oben 2. **Kapitel: V.1.b)ff)(2)(a), S. 126**, wofür auch sein Verweis auf Grunewald, GmbHR 1991, 185 spricht, die genau diesen Fall behandelt. Hier ist eine aufschiebende Bedingung aber meist überflüssig, vgl. sogleich. Anderenfalls setzt eine aufschiebende Bedingung eine satzungsrechtliche Grundlage voraus. Es besteht jedenfalls kein Automatismus für eine aufschiebende Bedingung. Sollte dagegen die Zwangsabtretung an die Gesellschaft selbst beschlossen werden, welche dann ebenfalls an die Kapitalerhaltungsnormen gebunden wäre, so ist diesbezüglich eine bedingte Abtretung unabhängig vom Vorliegen einer Rechtsbedingung zulässig (dies ist im Falle der Zwangseinziehung nicht unproblematisch, vgl. oben Fn. 1092), da im Hinblick auf die Bestimmung des § 16 GmbHG Unsicherheiten bezüglich der Person des Gesellschafters nicht drohen, RG, Urteil vom 20.2.1912, RGZ 79, 182, 185 f.; Däubler, GmbHR 1966, 243, 246; Serick, GmbHR 1967, 133, 134, Fn. 14; MünchKomm-Westermann § 158 Rn. 33.

Andererseits würde sich die Rechtslage darstellen bei einer bloßen Abtretungsverpflichtung. Hier kann der betroffene Gesellschafter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, er ist also nur Zug um Zug gegen Zahlung der Abfindung zur Abtretung verpflichtet und daher grundsätzlich hinreichend geschützt, OLG Köln, Urteil vom 19.12.1997, GmbHR 1998, 641, 644; Grunewald, GmbHR 1991, 185, 187; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 31 Rn. 13; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 116, jeweils für den Fall des Austritts und nachfolgendem Abtretungsverlangen. Es besteht allerdings die Möglichkeit, das Zurückbehaltungsrecht des betroffenen Gesellschafters abzubedingen, Grunewald, GmbHR 1991, 185, 187; Hopt-Volhard, Form. II.D.3., § 6 V 1 i.V.m. Anm. 13 i.V.m. Form. II. D. 1. Anm. 12.

¹³⁰⁰ Vgl. hierzu für die Einziehung oben 2. **Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.**

¹³⁰¹ Vgl. Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 53; Souffleros, Ausschließung, S. 285 f.; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 33 ff.

¹³⁰² BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881; Michalski, ZIP 1991, 147, 148; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1499 f.; Hopt-Volhard Form. II.D.3., § 6; Volhard, GmbHR 1991, 617; Wolff, GmbHR 1999, 958, 961 f.

¹³⁰³ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 60 ff.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 130.

¹³⁰⁴ Vgl. zum Recht der Personengesellschaften unten 2. **Kapitel: V.1.c)aa), S. 146.**

Die Regelung in der Satzung ist daher völlig unproblematisch.¹³⁰⁵ Die satzungsmäßige Ausgestaltung ist vorrangig und aus Gründen der Rechtssicherheit auch zu empfehlen.¹³⁰⁶ Die Ausschließung setzt zwar grundsätzlich neben einem Gesellschafterbeschluss¹³⁰⁷ wie im Recht der Personengesellschaften (vgl. § 140 HGB) ein Gestaltungsurteil auf Grund einer Ausschlussklage der Gesellschaft voraus, da dem Gesellschafterbeschluss grundsätzlich keine rechtsgestaltende Wirkung beizumessen ist.¹³⁰⁸ Es ist jedoch zur Vermeidung langwieriger und kostenintensiver gerichtlicher Ausschlussverfahren die Möglichkeit anerkannt, den Ausschluss durch rechtsgestaltenden Gesellschafterbeschluss in der Satzung vorzusehen.¹³⁰⁹

Letztlich führen beide Varianten jedoch zum selben Ergebnis, nämlich dem Ausschluss des Gesellschafters. Der Unterschied zwischen Einziehung und Ausschluss liegt darin, dass die Ausschließung personenbezogen ist, sich also unmittelbar gegen einen bestimmten Gesellschafter richtet und dabei den Geschäftsanteil grundsätzlich unberührt lässt.¹³¹⁰ Die Disposition über den Geschäftsanteil¹³¹¹ steht innerhalb des durch das Ausschlussurteil gezogenen Gestaltungsrahmens der Gesellschaft zu, wenn nicht, was regelmäßig der Fall sein wird, anstelle des Gestaltungsurteils entsprechend der Satzung bereits im gestaltenden Ausschließungsbeschluss eine Entscheidung über Einziehung oder Abtretung getroffen ist. Die Einziehung bzw. Abtretung dient daher nur der Verwertung des zurückgebliebenen Geschäftsanteils.¹³¹² Die Einziehung als solche richtet sich also direkt gegen den betroffenen Geschäftsanteil. Sie setzt entweder den Ausschluss des betroffenen Gesellschafters oder eine sonstige, den Anforderungen des § 34 II GmbHG gerecht werdende Satzungsbestimmung voraus.¹³¹³

Auf Grund der Tatsache, dass somit auch die Einziehung des Geschäftsanteils eine Möglichkeit des Ausschlusses des Gesellschafters ist¹³¹⁴ und auch die Abtretung zum Verlust der Gesellschafterstellung führt, ist eine Sat-

¹³⁰⁵ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 159 ff.; Urteil vom 17.2.1955, BGHZ 16, 317, 322; Urteil vom 23.2.1981, BGHZ 80, 346, 348 f.; Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131; Urteil vom 9.3.1987, GmbHR 1987, 302, 303, vgl. auch Urteil vom 13.2.1995, GmbHR 1995, 296, 298; zuletzt bestätigt in zwei Urteilen vom 13.1.2003: II ZR 173/02, NZG 2003, 284, 285 sowie II ZR 227/00, NZG 2003, 286, vgl. hierzu die Anmerkung zu beiden Urteilen von *Bärwaldt*, NZG 2003, 261 sowie die Anmerkung zum Urteil mit dem Aktenzeichen II ZR 227/00 von *Andreas Schmidt*, GmbHR 2003, 353 ff; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 42; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 2; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 24; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 64; *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 6; *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 15; *Volhard*, GmbHR 1991, 617, 618; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 130, jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹³⁰⁶ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.1989, GmbHR 1989, 466, 467 unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH. Die Satzung kann dabei die Ausschlussgründe präzisieren, insbesondere einen engen oder weiten Beurteilungsspielraum vorgeben. Von einem milderen Beurteilungsspielraum sollte insbesondere aufgrund der Tatsache Gebrauch gemacht werden, dass die Einordnung der Pfändung als wichtiger Grund äußerst strittig ist, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.bjee)(1)(f)(dd), S. 103. Die Grenze bildet allerdings wiederum die grundsätzliche Unzulässigkeit so genannter Hinauskündigungsklauseln, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 14; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 65 sowie vor allem oben 2. Kapitel: V.1.bjee)(1)(c), S. 95; vgl. zur Zulässigkeit einer Erleichterung im Sinne des Abstellens auf sachliche Gründe ausführlich unten zur Rechtslage in der GmbH & Co. KG 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146.

¹³⁰⁷ Ein solcher ist für das Recht der Personengesellschaften nicht vorgeschrieben, kann aber unproblematisch im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, vgl. *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 71; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 140 Rn. 74. Vgl. zur Frage der hierfür erforderlichen Beschlussmehrheit mangels gegenteiliger Satzungsregelung: für eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 177; bestätigt durch 2 Urteile des BGH vom 13.1.2003: II ZR 173/02, NZG 2003, 284, 285 sowie II ZR 227/00, NZG 2003, 286 f., vgl. hierzu die Anmerkung zu beiden Urteilen von *Bärwaldt*, NZG 2003, 261 sowie die Anmerkung zum Urteil mit dem Aktenzeichen II ZR 227/00 von *Andreas Schmidt*, GmbHR 2003, 353 ff; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 48; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 28; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 82; *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 696; *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 23 f.; für eine einfache Mehrheit dagegen *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 9; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 140 m.w.N.

¹³⁰⁸ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 165 ff.; Urteil vom 17.2.1955, BGHZ 16, 317, 322; Urteil vom 23.2.1981, BGHZ 80, 346, 349 ff.; Urteil vom 9.3.1987, GmbHR 1987, 302, 303; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 46; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 8; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 29; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 83; *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 19; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 138 mit weiteren Nachweisen auch zur Oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung.

¹³⁰⁹ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 160; Urteil vom 25.1.1960, BGHZ 32, 17, 22; Urteil vom 10.6.1991, GmbHR 1991, 362; OLG Brandenburg, Urteil vom 15.10.1997, NZG 1998, 263, 264; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.10.1998, GmbHR 1999, 543, 545; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 52; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 14; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 31; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 84; *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 692; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 138. In diesem Fall ist über die Anfechtungsklage analog § 243 AktG eine gerichtliche Kontrolle im Hinblick auf die Einhaltung der satzungsmäßigen Voraussetzungen möglich, BGH, Urteil vom 10.6.1991, GmbHR 1991, 362.

¹³¹⁰ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131; *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 692.

¹³¹¹ Strittig ist als Vorfrage, inwieweit sich die Rechtsinhaberschaft am Geschäftsanteil allein durch den Bedingungseintritt mit Abfindungszahlung – vgl. hierzu Fn. 1283 und 1961 – verändert. Einigkeit besteht wohl insoweit, als der Geschäftsanteil jedenfalls der Gesellschaft zu Zwecken der Verwertung zufällt, ohne dass ein Zwischenerwerb durch diese erfolgt, da dies rechtlich nicht zu begründen ist. Die GmbH erwirbt lediglich das Verfügungsrecht über den Geschäftsanteil, so dass die Formulierung des BGH als „Anfall an die Gesellschaft, vgl. BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 160, insoweit irreführend ist im Hinblick auf § 33 GmbHG, *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 10; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 129; *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 39; *Soufferos*, Ausschließung, S. 121 ff.; *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 37; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 149. Aus der älteren Literatur vor allem *Metzger*, GmbHR 1963, 106. Strittig ist jedoch in der Literatur, inwieweit für diese Annahme – entsprechend einer Meinung zur Kaduzierung, vgl. die Nachweise bei *Scholz-Emmerich*, § 21 Rn. 29, Fn. 79; *Michalski-Sosnitza*, § 21 Rn. 116 Rn. 164 – die Konstruktion eines trägerlosen Rechts erforderlich ist, so *Metzger*, GmbHR 1963, 106; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 129; *Soufferos*, Ausschließung, S. 121 ff.; *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 37; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 149. Dagegen halten *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 10; *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 39 m.w.N. die Konstruktion eines trägerlosen Rechts nicht für erforderlich, ohne allerdings schlagkräftige Argumente anzuführen. Der BGH konnte den Streit in seiner Entscheidung vom 30.6.2003 (DB 2003, 2058) offenlassen.

¹³¹² *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 37; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 149.

¹³¹³ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131; *Tschernig*, GmbHR 1999, 691, 692. Vgl. zu den Anforderungen an eine Klausel genauer unten Fn. 1961 a. E.

¹³¹⁴ Neben Ausschluss aus wichtigem Grund sowie Zwangseinziehung und Zwangsabtretung ist noch die Kaduzierung nach §§ 21 ff. als Ausschlussmöglichkeit zu nennen, BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881; *Wolff*, GmbHR 1999, 958, 959, Fn. 7; vgl. auch *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 42.

zungsregelung, die erst den Ausschluss des Gesellschafters vorsieht, der dann die Einziehung oder Abtretung nach sich zieht, nicht notwendig, wenngleich die Ausschließung und die Anordnung der Einziehung bzw. Abtretung gleichzeitig beschlossen werden können. Denn die Einziehung des Geschäftsanteils beinhaltet zugleich den Ausschluss des Gesellschafters. Auch bei Anknüpfen der Zwangseinziehung an einen die Ausschließung rechtfertigenden Grund oder an die Pfändung, ist nicht vor der Einziehung als Vorstufe ein Ausschlussverfahren durchzuführen, sondern der Ausschluss mittels Einziehung erfolgt.¹³¹⁵ Für die Lösung über Einziehung bzw. Abtretung spricht vor allem, dass es sehr umstritten ist, ob nun die Pfändung des Geschäftsanteils einen wichtigen Grund bildet,¹³¹⁶ denn nur ein solcher kann die Ausschließung grundsätzlich rechtfertigen,¹³¹⁷ es sei denn, es wurde ein milderer Maßstab gewählt,¹³¹⁸ während die Einziehung nur einen sachlichen Grund erfordert.¹³¹⁹ Nicht zuletzt deshalb wird in Einziehungsklauseln meist getrennt zwischen dem Einziehungsgrund „Pfändung“ und dem Einziehungsgrund „wichtigem, die Ausschließung rechtfertigenden Grund“.¹³²⁰ Da der BGH mit seinem Urteil vom 30.6.2003 nunmehr klargestellt hat, dass auch für die Einziehung der Zeitpunkt des Verlustes der Mitgliedschaft festgelegt werden kann, spricht auch die zeitliche Komponente – der Ausschließungsbeschluss ist nach ständiger Rechtsprechung sofort wirksam – nicht mehr für eine andere Lösung.¹³²¹

gg) Rechtsfolgen

(1) Grundsätzliche Rechtslage bei Abtretung des Geschäftsanteils durch die Gesellschafterversammlung¹³²²

(a) Rechtslage bei bloßer Abtretungsverpflichtung des Gesellschafters

Es wurde bereits festgestellt, dass nach richtiger Auffassung der Erfüllung der Abtretungsverpflichtung die §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB nicht entgegenstehen.¹³²³ Das Pfandrecht wird dadurch nicht beeinträchtigt. Der Erwerber erhält somit nur den mit dem Pfändungspfandrecht belasteten Geschäftsanteil. Auch ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus, da es sich nicht um ein verbrieftes Recht handelt.¹³²⁴ Dem Erwerber bleibt somit nur die Möglichkeit, von seinem Ablöserecht analog §§ 268, 1273 II, 1223 II BGB Gebrauch zu machen. Dieses führt allerdings nicht weiter, wenn der Wert des Anteils hinter der Forderung des Gläubigers zurückbleibt.¹³²⁵ Es besteht dann nach wie vor die Gefahr, dass durch Verwertung des Pfandgegenstandes durch den Gläubiger ein ungewollter gesellschaftsfremder Dritter Gesellschafter wird.

(b) Auswirkungen der dinglichen Ausgestaltung der Abtretungsklausel

Es stellt sich allerdings die Frage, ob das hier gefundene Ergebnis, nach dem das Pfändungspfandrecht auch im Falle der Übertragung des Geschäftsanteils bestehen bleibt, nicht auf die Fallkonstellation beschränkt ist, dass die Abtretungsklausel nur obligatorisch ausgestaltet ist, mithin die Gesellschafterversammlung lediglich die Verpflichtung des von der Pfändung betroffenen Gesellschafters beschließen kann.¹³²⁶ Als den Interessen der Mitgesellschafter gerecht werdende Lösung wurde jedoch eine dingliche Klausel vorgeschlagen, nach der die Gesellschafterversammlung dazu ermächtigt sein soll, den Geschäftsanteil selbst abtreten zu können.¹³²⁷ Wie selbstverständlich gingen die vorangegangenen Ausführungen davon aus, dass sich auch im Falle einer dinglichen Abfassung der Klausel an der Grundproblematik nichts ändert, mithin das Pfändungspfandrecht bestehen bleibt, weil ansonsten ein Verstoß gegen die §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB droht. Diese Annahme ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn die Einräumung der Möglichkeit für die Gesellschafterversammlung, auch die Abtretung selbst vornehmen zu können, entweder im Sinne einer Bevollmächtigung nach § 167 BGB oder einer Ermächtigung nach § 185 BGB zu verstehen ist. Wenn nämlich der Gesellschafter als Vertretener bzw. Ermächtigender im Wege der Abtretung das Pfandrecht nicht beseitigen kann, so kann für die bevollmächtigte bzw. ermächtigte Gesellschafterversammlung nichts anderes gelten. Der Bevollmächtigende oder Ermächtigende kann nicht mehr Rechtsmacht einräumen als ihm selbst zusteht.¹³²⁸ Es besteht gerade nur eine abgeleitete Rechtsmacht.

¹³¹⁵ BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131 f.; Urteil vom 10.6.1991, GmbHR 1991, 362.

¹³¹⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.

¹³¹⁷ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 3; Michalski-Sosnitzka, Anh. § 34 Rn. 8 ff.; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 10.

¹³¹⁸ Vgl. oben Fn. 1306.

¹³¹⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(b), S. 93.

¹³²⁰ Vgl. hierzu Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.19, § 14 II lit. a); IV.20, § 21 II lit. a) i.V.m. § 24 einerseits, IV.19, § 14 II lit. c); IV.20, § 21 II lit. c) i.V.m. § 24 andererseits; Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 68 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 16 I lit. c) einerseits, lit. d) andererseits.

¹³²¹ DB 2003, 2058, vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

¹³²² Vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)dd), S. 85 sowie 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125.

¹³²³ Vgl. hierzu ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87.

¹³²⁴ Roth/Altmeyen-Altmeyen, § 15 Rn. 41; Stein/Jonas-Brehm, § 829 Rn. 94; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 135; Scholz-Winter, § 15 Rn. 174 i.V.m. 165; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 135; Anh. 15 Rn. 81.

¹³²⁵ Reichert, Zustimmungserfordernis, S. 85; Scholz-Winter, § 15 Rn. 181.

¹³²⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(a), S. 126.

¹³²⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127.

¹³²⁸ MünchKomm-Schramm, § 183 Rn. 7; die Verfügungsermächtigung ist nur eine besondere Form der Einwilligung, MünchKomm-Schramm, § 185 Rn. 39; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 35; vgl. für die Vollmacht Staudinger-Schilken, § 168 Rn. 33.

(aa) Erlöschen des Pfändungspfandrechts analog § 34 II GmbHG

Anders würde sich die Rechtslage darstellen, wenn eine der Einziehungsbefugnis entsprechende Abtretungsbefugnis aus einer analogen Anwendung des § 34 II GmbHG abgeleitet werden könnte. Die Abtretungsbefugnis der GmbH wäre dann nicht nur eine aus fremdem Recht abgeleitete, sondern vielmehr eine eigene, originäre und unabhängige Verfügungsbefugnis. Dies wird in der Tat von einer Mindermeinung vertreten mit der Konsequenz, dass das Pfändungspfandrecht am Gesellschaftsanteil erlöschen und sich am Surrogat, der Ausschließungsabfindung, fortsetzen würde.¹³²⁹ Ein anderes Ergebnis könnte dann auch nicht aus den §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB abgeleitet werden, weil diese Bestimmungen nur für den Vollstreckungsschuldner greifen, bei dieser Lösung jedoch wie im Falle der Zwangseinziehung¹³³⁰ gerade keine Verfügung von seiner Seite vorliegt und es sich somit auch nicht um ein abgeleitetes Verfügungsrecht handeln würde.

(bb) Fehlen der Voraussetzungen für eine Analogie

Die Voraussetzungen für eine Analogie liegen nicht vor. Eine Analogie setzt zum einen das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke voraus, zum anderen eine Vergleichbarkeit der zu beurteilenden Sachverhalte, die es rechtfertigt, die Lücke über eine bereits für einen anderen Sachverhalt geschaffene Norm zu schließen. Die Sachverhalte müssen in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen.¹³³¹

Die Annahme einer Analogie würde zwar den Interessen der Gesellschafter vollständig entsprechen, da ihnen ein Mittel an die Hand gegeben wäre, mit dem die Schwächen der Einziehungsbestimmungen kompensiert werden könnten, ohne dass der Gläubiger darauf Einfluss hätte. Doch zeigt bereits diese Konsequenz, dass die Gesellschafterinteressen gegenüber den Gläubigerinteressen über Maß bevorzugt werden. Es handelt sich einmal mehr um eine Ersetzung des gesellschaftsrechtlich Möglichen durch das aus Gesellschaftersicht Wünschenswerte.

Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Man muss der Gegenauffassung zwar zugeben, dass das GmbHG auch die Abtretung in § 15 regelt, jedoch nur für den Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils durch den Gesellschafter selbst. Eine Möglichkeit für die Gesellschaft, gegen den Willen des Gesellschafters dessen Anteil abzutreten, ist dagegen nicht vorgesehen. Es besteht nur die Möglichkeit der Zwangseinziehung nach § 34 II GmbHG, nicht der Zwangsabtretung.¹³³² Doch ist dies allein für die Annahme einer Regelungslücke nicht ausreichend. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass auch aus den herkömmlichen privatrechtlichen Mitteln eine Verfügungsmacht hergeleitet werden kann. Es besteht die Möglichkeit, die Klausel als Bevollmächtigung (§ 164 BGB) oder als Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB auszugestalten.¹³³³

Freilich muss man der Gegenauffassung insoweit beipflichten, als eine Auslegung der Abtretungsklausel als Verfügungsvollmacht nur auf den ersten Blick einen Lösungsansatz darstellt. Der Anwendung der §§ 164 ff. BGB steht zwar nicht schon entgegen, dass der eigentliche Zweck von Vertretungsbestimmungen darin zu sehen ist, dem Vertretenen die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen oder zu erleichtern, indem sie eine Arbeitsteilung bei der privatautonomen Gestaltung der Rechtsverhältnisse zulassen.¹³³⁴ Dieser Zweck wird durch die Zwangsabtretung gegen den Willen des Gesellschafters gerade konterkariert.¹³³⁵ Doch ist diese Erwägung nicht zwingend. Denn ein Handeln zur Wahrnehmung der Interessen des Vertretenen mag zwar der regelmäßige Zweck der Stellvertretung sein. Ihr alleiniger Zweck ist dies aber nur im Falle der gesetzlichen Vertretung einer Person, die wegen beschränkter oder fehlender Geschäftsfähigkeit zur Wahrnehmung ihrer Interessen rechtlich nur in beschränktem Umfang oder gar nicht in der Lage ist bzw. bei Gesellschaften.¹³³⁶ Etwas anderes gilt für den vom Vertretenen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter. Die Vollmacht – § 167 BGB – ist zwar auf die Angelegenheiten des Vollmachtgebers bezogen, nicht aber allein auf dessen Interessen. Der Vertreter kann daher auch dazu ermächtigt werden, im eigenen Interesse oder im Drittinteresse zu handeln.¹³³⁷

Grund für eine Ablehnung der §§ 164 ff. BGB ist ein anderer. Ausgangspunkt ist, dass die Zwangsabtretung eine Alternative zur Zwangseinziehung bilden soll. Es geht bei der Zwangseinziehung um eine Möglichkeit, einen Gesellschafter gegen seinen Willen aus der Gesellschaft auszuschließen. Diese Ausschlussmöglichkeit nimmt an der Bestandskraft der Satzung teil und gilt daher auch für die Rechtsnachfolger der Gründergesellschafter. Über die Abtretungsklausel kann daher nur dann eine wirkliche Alternative geboten werden, wenn auch diese an der Bestandskraft der Satzung teilnehmen kann, was bei einer Konstruktion der Verfügungsbefugnis über eine Bevollmächtigung nicht der Fall ist.¹³³⁸ Es handelt sich bei der Aufnahme einer Bevollmächtigung in die Satzung nur

¹³²⁹ So *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 45 ff., 94.

¹³³⁰ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(e)(bb), S. 100.

¹³³¹ Staudinger-*Coing*, Einl zum BGB Rn. 157; Soergel-*Hefermehl*, Anh. § 133 Rn. 12 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202.

¹³³² *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 48.

¹³³³ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.2.a).

¹³³⁴ Staudinger-*Schilken*, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 1; MünchKomm-*Schramm*, Vor § 164 Rn. 2.

¹³³⁵ So explizit *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 46.

¹³³⁶ *Larenz/Wolf*, AT, § 46 Rn. 4.

¹³³⁷ RG, Urteil vom 14.6.1909, RGZ 71, 219, 221; *Larenz/Wolf*, AT, § 46 Rn. 4. So trägt schließlich der Vertretene auch das Risiko eines pflichtwidrigen Verhalten des Vertreters als Folge des Abstraktionsprinzips, MünchKomm-*Schramm*, § 164 Rn. 106.

¹³³⁸ *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 46 f.

um eine individualrechtliche Vereinbarung, die lediglich einen unechten Satzungsbestandteil darstellt,¹³³⁹ mithin nur die an der Absprache unmittelbar beteiligten Gesellschafter betrifft.

Die Verfügungsvollmacht erlischt zwar nicht dadurch, dass der Vollmachtgeber seine Verfügungsmacht verliert, da diese dadurch nicht gegenstandslos wird. Sie setzt sich aber auch nicht automatisch mit der Übertragung des Geschäftsanteils als Vertretungsmacht für den Erwerber fort. Die nunmehr fehlende Verfügungsmacht des Vollmachtgebers macht das von dem Vertreter abgeschlossene Geschäft aber zu einer Verfügung eines Nichtberechtigten, nämlich des Vollmachtgebers.¹³⁴⁰

Einer analogen Anwendung des § 34 II GmbHG steht aber entgegen, dass wegen der Möglichkeit einer Verfügungsermächtigung im Sinne des § 185 BGB keine Lücke besteht.¹³⁴¹ Eine Ermächtigung ist die Erteilung der Befugnis, im eigenen Namen, aber mit Wirkung für den Rechtsinhaber ein fremdes Recht auszuüben oder geltend zu machen.¹³⁴² Damit ist die Rechtsfigur der Ermächtigung mit der Stellvertretung systematisch und funktional verwandt, weil es sich auch dabei u. a. um eine Möglichkeit der Arbeitsteilung für den Geschäftsherrn handelt und beide es ermöglichen, auf den Rechtskreis eines anderen einzuwirken.¹³⁴³ Aus dieser Verwandtschaft darf aber nicht vorschnell der Schluss gezogen werden, eine Lösung über § 185 BGB stehe einer Gesetzeslücke ebenfalls nicht entgegen,¹³⁴⁴ weil nach der hier vertretenen Auffassung auch der Konstruktion der Verfügungsbefugnis über eine Vollmachtserteilung nur die fehlende Teilnahme an der Bestandskraft der Satzung entgegengehalten werden kann.

Dies scheint auf den ersten Blick auch der Schwachpunkt der Ermächtigungslösung zu sein. Die Ermächtigung erfolgt durch einseitiges Rechtsgeschäft,¹³⁴⁵ weshalb auch die Aufnahme in die Satzung am individuellen Charakter der Ermächtigung nichts ändert. Als unechter Satzungsbestandteil nimmt sie an der Bestandskraft der Satzung nicht teil, sondern betrifft nur die an der Absprache unmittelbar beteiligten Gesellschafter.¹³⁴⁶ Dennoch wird diese Erwägung dem Charakter der Ermächtigung nicht gerecht. Trotz der Verwandtschaft zur Vollmacht besteht nämlich der entscheidende Unterschied darin, dass die Ermächtigung nicht personenbezogen, sondern gegenstandsbezogen ist.¹³⁴⁷ Durch die Ermächtigung gibt der Erklärende zu verstehen, dass er eine fremde Regelung gegen sich gelten lassen will, wenn sie sich nur inhaltlich auf einen ihm gehörenden Rechtsgegenstand bezieht. Demgegenüber erklärt der Vollmachtgeber, dass er eine eigene rechtliche Regelung, an der er selbst als Partei beteiligt ist, durch einen Mittler zustande bringen will.¹³⁴⁸

Grundsätzlich ändert auch die Gegenstandsbezogenheit der Ermächtigung nichts an der Tatsache, dass die vom bisherigen Rechtsinhaber erteilte Einwilligung gegenstandslos wird im Falle einer rechtsgeschäftlichen Übertragung, da die Einwilligung desjenigen erforderlich ist, der bei Vornahme des Hauptgeschäfts Inhaber der Rechtsposition ist.¹³⁴⁹ Es handelt sich bei der Ermächtigung wiederum nur um eine abgeleitete Rechtsmacht. Art und Umfang des rechtlichen Könnens sind nicht völlig unbeeinflusst von rechtlichen Veränderungen in der Rechtssphäre des Ermächtigenden.¹³⁵⁰ Grundsätzlich verliert die durch die Ermächtigung entstandene Zuständigkeit ihre rechtliche Relevanz mit der rechtsgeschäftlichen Rechtsnachfolge, wenn der ermächtigende Gesellschafter also seinen Geschäftsanteil auf einen Dritten übertragen hat. Der neue Gesellschafter ist an die Ermächtigung grundsätzlich nicht gebunden, weil im Zeitpunkt der Vornahme eines etwaigen Verfügungsgeschäfts nunmehr allein das Recht und die Verfügungsmacht des neuen Rechtsinhabers, mithin des neuen Gesellschafters maßgebend sind.¹³⁵¹ Etwas anderes gilt grundsätzlich nur für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge.¹³⁵² Das geltende Recht kennt jedoch darüber hinaus keinen allgemeinen Rechtssatz dahingehend, dass ein Rechtsnachfolger automatisch auch in die aus einer Einwilligung resultierende Gebundenheit einrückt.¹³⁵³

Fraglich ist somit, wieso gerade für den vorliegenden Fall der Abtretung eines Geschäftsanteils etwas anderes anzunehmen sein soll. Teilweise wird nur aus der gesetzlich angeordneten Unwiderruflichkeit¹³⁵⁴ – im Gegensatz zur Unwiderruflichkeit kraft Parteierklärung –¹³⁵⁵ gefolgert, dass bereits die Zustimmungserklärung eine Verfügung über das Recht darstellt, also gleichsam eine dinglich wirkende Rechtsänderung, die folglich auch der Rechtsnachfolger gegen sich gelten lassen muss, wenn nur im Zeitpunkt der Zustimmung der Zustimmende Ver-

¹³³⁹ Vgl. zur Terminologie unechter Satzungsbestandteil unten Fn. 1366 sowie vor allem zur Abgrenzung zu echten Satzungsbestandteilen unten 2. Kapitel: V.1.b)gg)(2)(a), S. 139.

¹³⁴⁰ Staudinger-Schilken, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 64; MünchKomm-Schramm, § 168 Rn. 41.

¹³⁴¹ Vgl. vor allem die entsprechenden Klauseln bei BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880; Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, IV.103 sowie Anmerkung 4. Im Sinne einer Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB auch Grunewald, Ausschluss, S. 167; Hachenburg-Ulmer, § 34 Rn. 116.

¹³⁴² Larenz/Wolf, AT, § 23 Rn. 44, § 46 Rn. 25; MünchKomm-Schramm, Vor § 164 Rn. 38.

¹³⁴³ Flume, Rechtsgeschäft, § 57 1.b), S. 903 f.; Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 47; MünchKomm-Schramm, Vor § 164 Rn. 39.

¹³⁴⁴ So aber in konsequenter Fortführung der zur Vollmacht vertretenen Auffassung Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 47.

¹³⁴⁵ Larenz/Wolf, AT, § 23 Rn. 44.

¹³⁴⁶ So Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 47.

¹³⁴⁷ Flume, Rechtsgeschäft, § 57 1.b), S. 903 f.; MünchKomm-Schramm, Vor § 164 Rn. 39; Thiele, S. 146, 149 f.

¹³⁴⁸ Doris, S. 27 f.

¹³⁴⁹ Staudinger-Gursky, § 185 Rn. 21 i.V.m. § 183 Rn. 28; Medicus, AT Rn. 1022; MünchKomm-Schramm, § 183 Rn. 6, § 185 Rn. 26, 29 f.

¹³⁵⁰ Thiele, S. 257.

¹³⁵¹ Thiele, S. 302.

¹³⁵² Staudinger-Gursky, § 183 Rn. 28; MünchKomm-Schramm, Vor § 182 Rn. 41.

¹³⁵³ Thiele, S. 301 f.

¹³⁵⁴ Vgl. etwa §§ 876, 3, 2. HS; 880 II 2.2. HS., 1276 I 3 BGB.

¹³⁵⁵ Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 55, S. 897 f.

fügungsbefugnis hatte.¹³⁵⁶ Die Ermächtigung in der Satzung ist zwar als unwiderruflich vereinbart zu verstehen – aus Gründen der Rechtssicherheit sollte dies aber klargestellt werden. Es handelt sich aber nicht um eine Unwiderruflichkeit kraft Gesetzes.

Richtigerweise kann jedoch allein die durch die Unwiderruflichkeit ausgelöste Bindungswirkung noch nicht zu einer dinglichen Rechtsänderung führen, sondern sie hat nur die Konsequenz, dass sie nicht wieder beseitigt werden, mithin die Zuständigkeit des Einwilligungsempfängers nicht wieder aufgehoben werden kann. Die Frage nach der Ausübung der Zuständigkeit beurteilt sich dagegen alleine nach der Verfügungsmacht, mit anderen Worten danach, ob es eine Rechtsnachfolge in die durch einen anderen ausgelöste Bindungswirkung gibt.¹³⁵⁷ Es müssen daher schon zusätzliche Aspekte hinzukommen, die eine Weitergeltung der Zustimmung trotz Verlusts der Verfügungsbefugnis durch den Ermächtigenden rechtfertigen. Die Tatsache, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine gesetzlich angeordnete Unwiderruflichkeit handelt, steht daher einer Bindungswirkung nicht entgegen.

Entscheidend kann daher nur die Art und Weise sein, wie die Übertragung des Geschäftsanteils erfolgt. Es gilt im vorliegenden Fall die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Übertragung nach den Regeln der Abtretung erfolgt, § 15 III GmbHG, 413, 398 BGB. Es sind daher über § 413 BGB auch die Bestimmungen des § 404 BGB anwendbar, die eine der wenigen speziellen Bestimmungen des BGB ist,¹³⁵⁸ aus denen sich eine Gebundenheit eines Rechtsnachfolgers an die erteilte Einwilligung ergeben kann.¹³⁵⁹ Anerkannt ist aus diesem Grund die Bindung auch des Rechtsnachfolgers an die Einwilligung etwa in Fällen der Zustimmung des Pfandrechtsgläubigers in die Aufhebung des verpfändeten Rechts nach § 1276 BGB. Wird nun die zugrunde liegende Forderung und mit ihr das Pfandrecht (§§ 1250, 401 BGB) übertragen, so muss die noch vom Zedenten erteilte Einwilligung zur Aufhebung des verpfändeten Rechts nach dem Grundgedanken des § 404 BGB auch gegen den Zessionar wirken.¹³⁶⁰ Aus dem daraus gewonnenen Ergebnis lassen sich auch Rückschlüsse auf die hier diskutierte Fallkonstellation ziehen. Es gibt zwar im Falle der Übertragung eines Geschäftsanteils keinen eigentlichen Schuldner im Sinne des § 404. Doch ist insoweit auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abzustellen. Ermächtigt der Gesellschafter die Gesellschafterversammlung als Organ der Gesellschaft, durch das diese als juristische Person erst handlungsfähig wird, und überträgt der Gesellschafter in die Folgezeit seine Mitgliedschaft, so ist der Rechtsnachfolger entsprechend dem Rechtsgedanken des § 404 BGB an diese Ermächtigung gebunden. Der Erwerber rückt sozusagen als anderes Rechtssubjekt in die durch die unwiderrufliche Einwilligung geschaffene Bindungslage ein.¹³⁶¹

Es fehlt daher bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, welche für die Annahme einer analogen Anwendung des § 34 II GmbHG erforderlich wäre. Die Ermächtigung kann schon über § 185 BGB auch im Hinblick auf eine Bindungswirkung für einen etwaigen Rechtsnachfolger erklärt werden. Dies hat zur Folge, dass das Pfändungspfandrecht auch im Falle der dinglichen Ausgestaltung der Abtretungsklausel bestehen bleibt.

Zugegebenermaßen handelt es sich bei dem aufgezeigten Weg um eine sehr komplexe Lösung. Man muss sich sicherlich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber bei Schaffung des GmbHG diese Lösung vor Augen hatte und gerade deshalb eine Zwangsabtretungsmöglichkeit für die Gesellschaft entsprechend der Bestimmung des § 34 II GmbHG nicht vorgenommen hat. Dies ist sicherlich zweifelhaft. Vor diesem Hintergrund kann man die Lösung über § 185 BGB wohl auch als Füllung einer bestehenden planwidrigen Regelungslücke einordnen. Letztlich kann die endgültige Einordnung offen bleiben. Es fehlt jedenfalls die zweite Voraussetzung für eine Analogie, nämlich die Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Zwar wird versucht, eine Vergleichbarkeit damit zu begründen, dass sowohl Einziehung als auch Abtretung Mittel zur Ausschließung des Gesellschafters sind.¹³⁶² Der entscheidende Unterschied besteht aber darin, dass die Einziehung zur Vernichtung des Geschäftsanteils führt, mithin das Bezugsobjekt für Rechte Dritter wegfällt, wohingegen im Falle der Abtretung das Bezugsobjekt erhalten bleibt. Zumindest daran muss eine analoge Anwendung des § 34 II GmbHG scheitern.¹³⁶³

(cc) Zwischenergebnis

Eine analoge Anwendung des § 34 II GmbHG scheidet aus. Es bleibt nur die Lösung über § 185 BGB, bei der das Pfändungspfandrecht bestehen bleibt.

(2) Grundsätzliche Rechtslage bei Verwertung des Geschäftsanteils durch den Pfändungsgläubiger

Allein die Aufnahme einer Abtretungsklausel im Sinne eines Erwerbsrechts führt nicht dazu, dass der pfändende Gläubiger von der Verwertung ausgeschlossen ist. Es bleibt die Möglichkeit, den Gesellschaftern zuvorzukom-

¹³⁵⁶ So *Flume*, Rechtsgeschäft, § 55, S. 897 f.; *Staudinger-Gursky*, Vorbem zu §§ 182 ff. Rn. 50; *Soergel-Stürmer*, § 876 Rn. 7 m.w.N.

¹³⁵⁷ *MünchKomm-Schramm*, Vor § 182 Rn. 41; *Thiele*, S. 301; im Ergebnis auch *Staudinger-Gursky* § 876 Rn. 34, obgleich dieser von einer Verfügung schon durch die Zustimmung ausgeht Rn. 28.

¹³⁵⁸ Daneben ist vor allem auch § 878 BGB anzuführen.

¹³⁵⁹ *Thiele*, S. 302.

¹³⁶⁰ *Staudinger-Gursky*, § 183 Rn. 28; § 876 Rn. 34 mit vielen Nachweisen vor allem zur älteren Literatur; *MünchKomm-Schramm*, Vor § 182 Rn. 41; *Soergel-Stürmer*, § 876 Rn. 7; *Thiele*, S. 303.

¹³⁶¹ Vgl. *Thiele*, S. 303.

¹³⁶² *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgereglung, S. 48.

¹³⁶³ A. A. wiederum *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgereglung, S. 49.

men. Diese Gefahr für die Gesellschafter kann gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschaltet werden, da das Verwertungsrecht des Gläubigers nicht eingeschränkt werden kann.¹³⁶⁴ Man muss sich jedoch die Frage stellen, inwieweit der aus der Veräußerung des Geschäftsanteils nach § 844 ZPO hervorgehende Erwerber zur Abtretung des Geschäftsanteils verpflichtet ist, bzw. im Falle der hier bevorzugten dinglichen Ausgestaltung der Abtretungsklausel,¹³⁶⁵ inwieweit die Gesellschafterversammlung dennoch die Abtretung des Geschäftsanteils an einen von ihr bevorzugten Dritten beschließen kann. Es muss somit an dieser Stelle die Pfändungsfestigkeit des Erwerbsrechts bzw. der damit korrespondierenden Abtretungsverpflichtung des Gesellschafters geklärt werden.

(a) Pfändungsfestigkeit des Erwerbsrechts

Die Pfändungsfestigkeit des Erwerbsrechts hängt maßgeblich davon ab, wie dieses Recht rechtlich ausgestaltet ist. Handelt sich dabei lediglich um einen unechten Satzungsbestandteil im Sinne einer in die Satzung aufgenommenen bloßen Nebenabrede, so trifft diese nur die Gesellschafter persönlich.¹³⁶⁶ Dies hätte die Konsequenz, dass durch die Übertragung des Geschäftsanteils im Wege der Verwertung automatisch nur die Rechte und Pflichten der Gesellschaft übergehen, während Rechte und Pflichten des Vormannes – und damit auch eine Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils – nur dann begründet würden, wenn diese Verpflichtung im Wege einer Schuld- oder Vertragsübernahme vom Erwerber übernommen würde.¹³⁶⁷

Entsprechende Pflichten werden allerdings überwiegend als Nebenleistungspflichten nach § 3 II GmbHG eingeordnet,¹³⁶⁸ die vor allem aufgrund der Bestimmung des § 15 V GmbHG zulässig sind. Auf § 15 V GmbHG kann jedoch nur abgestellt werden, soweit es um Vorerwerbsrechte geht. Für ein Ankaufsrecht, wie hier angedacht, greift diese Begründung nicht, da die Bestimmung des § 15 V GmbHG einen abtretungswilligen Gesellschafter voraussetzt, während es hier gerade um die notfalls auch gegen den Willen des Gesellschafters durchsetzbare Zwangsabtretung des Geschäftsanteils geht.¹³⁶⁹ Die Zulässigkeit ist dennoch unbestritten, vor allem, weil bei der GmbH Nebenleistungspflichten – anders als im Aktienrecht (§ 55 AktG) – auch in einmaligen Leistungen bestehen können, § 3 II GmbHG, mithin die Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht in wesentlichem größerem Umfang gewährleistet ist als im Recht der Aktiengesellschaften.¹³⁷⁰ Der entscheidende Unterschied zu unechten Satzungsbestandteilen besteht darin, dass die Abtretungspflicht als Nebenleistungspflicht im Sinne des § 3 II GmbHG mit dem Geschäftsanteil verbunden ist und somit den jeweiligen Inhaber trifft und nicht lediglich zu einer Bindung des gegenwärtigen Gesellschafters an die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter führt.¹³⁷¹

Der Hinweis auf die übliche Einordnung in den Zusammenhang des § 3 II GmbHG ersetzt allerdings nicht die Begründung für eine solche Annahme. Für die Einordnung der Abtretungspflicht als echter Satzungsbestandteil ist die Tatsache, dass die Regelung zu einem Bestandteil der Satzung gemacht wird, nur Indiz.¹³⁷² Die Abgrenzung zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen – man spricht üblicherweise auch von korporativen und nichtkorporativen Satzungsbestandteilen¹³⁷³ – ist im Einzelfall schwierig. Sie kann nur in einem Teilbereich mit Sicherheit getroffen werden. So sind jedenfalls die nach § 3 I und § 5 IV GmbHG notwendigen Regelungen sowie die Verfassung der Gesellschaft und die Gesellschafterstellung betreffende Regelungen echte Satzungsbestandteile. Dagegen können Vereinbarungen mit Dritten sowie generell solche, an denen nicht alle Gesellschafter beteiligt sind, niemals echte Satzungsbestandteile sein.¹³⁷⁴ Im Übrigen muss die Abgrenzung durch Ermittlung des Parteiwillens im Wege der Auslegung vorgenommen werden.¹³⁷⁵ Auch hier ist allerdings vieles strei-

¹³⁶⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

¹³⁶⁵ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127.

¹³⁶⁶ Zur Terminologie: Handelt es sich um eine außerhalb der Satzung anzusiedelnde Nebenabrede, die nur die Gesellschafter persönlich betrifft, so spricht man von einer so genannten schuldrechtlichen Nebenabrede, Scholz-Emmerich, § 2 Rn. 13 a; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff, § 3 Rn. 47; Michalski-Michalski, § 3 Rn. 76 ff.; Hachenburg-Ulmer, § 2 Rn. 23, § 3 Rn. 53, 116; sie ist formlos möglich und unterliegt nicht den Vorschriften über Satzungsänderungen, BGH, Urteil vom 29.9.1955, BGHZ 18, 205, 207 f.; Urteil vom 8.2.1993, NJW-RR 1993, 607. Entsprechendes gilt, wenn es sich zwar um eine Satzungsregelung handelt, diese aber den Charakter einer bloßen Nebenabrede hat; man spricht dann von einem unechten Satzungsbestandteil, vgl. Scholz-Emmerich, § 3 Rn. 61 ff.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2.C. Rn. 14 (für die AktG); Michalski-Michalski, § 3 Rn. 72 ff. Dagegen ist Ulrich, ZGR 1985, 235, 253 f. der Auffassung, dass Nebenleistungspflichten, wenn sie getroffen werden, dann nur als echte Satzungsbestandteile im Sinne des § 3 II GmbHG vereinbart werden können; dagegen explizit BGH, Urteil vom 8.2.1993, NJW-RR 1993, 607, 608.

¹³⁶⁷ Michalski-Michalski, § 3 Rn. 72; Noack, Gesellschaftervereinbarungen, S. 172 f.; Priester, DB 1979, 681, 685 f.

¹³⁶⁸ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 92; Ulmer, ZHR 149, 149 (1985), 28, 35. Diese werden dabei als Sonderfall der Sachleistungen eingeordnet, so Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 80, bzw. als Sachleistungen anderer Art, auf der Grenze zu den Handlungspflichten, so Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 42.

¹³⁶⁹ Vgl. Götz Hueck, in FS Larenz, S. 749, 756. Die Zulässigkeit von Vorerwerbsrechten lässt sich allerdings nicht allein auf § 15 V GmbHG stützen, da die Vinkulierung nach § 15 GmbHG sich darauf beschränkt, die Übertragung der Geschäftsanteile an die Genehmigung der Gesellschaft zu knüpfen, Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 42; Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 80.

¹³⁷⁰ BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, DB 1989, 214, 216; Lutter/Hommelhoff, § 3 Rn. 17; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 II.2.g); Hachenburg-Ulmer, § 3 Rn. 75.

¹³⁷¹ BGH, Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 372/87, NJW-RR 1989, 228, 229; Urteil vom 8.2.1993, NJW-RR 1993, 607, 608; OLG Frankfurt a. M. Urteil vom 10.1.1992, NJW-RR 1992, 1512, 1513; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 35.

¹³⁷² Scholz-Emmerich, § 3 Rn. 67 a; Lutter/Hommelhoff, § 3 Rn. 47; Michalski-Michalski, § 3 Rn. 72, 74; Priester, DB 1979, 681, 684; Roth/Altmeppen-Roth, § 3 Rn. 50; die Indizwirkung der Aufnahme in die Satzung ist allerdings nicht unstrittig, vgl. zur anderen Auffassung Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 56.

¹³⁷³ Vgl. insbesondere Priester, DB 1979, 681 ff.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 II.2.g)bb).

¹³⁷⁴ Scholz-Emmerich, § 3 Rn. 67 a; Michalski-Michalski, § 3 Rn. 72; Priester, DB 1979, 681 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 II.2.g)bb).

¹³⁷⁵ BGH, Urteil vom 25.10.1962, BGHZ 38, 155, 160 f.; Urteil vom 8.2.1993, NJW-RR 1993, 607, 608; Scholz-Emmerich, § 3 Rn. 67 a; Michalski-Michalski, § 3 Rn. 74; Noack, Gesellschaftervereinbarungen, S. 64.

tig.¹³⁷⁶ Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist jedenfalls, ob die Abtretungsverpflichtung an der Mitgliedschaft hängen und daher auch einen etwaigen Rechtsnachfolger treffen soll, oder ob Sinn und Zweck der Regelung gerade die Verpflichtung nur des gegenwärtigen Gesellschafters ist, die diesen auch nach dessen Ausscheiden noch treffen soll.¹³⁷⁷

In Anbetracht der Tatsache, dass es den Gesellschaftern bei der Aufnahme der Abtretungsverpflichtung in die Satzung darum geht, den Eintritt eines ungewollten Gesellschafters zu verhindern, spricht viel für einen echten Satzungsbestandteil im Sinne des § 3 II GmbHG. Es handelt sich sowohl für die Gesellschaft als auch für die Gesellschafter um eine sehr bedeutende Regelung, zumal jeder Gesellschafter von einem späteren Ausschluss betroffen sein kann.¹³⁷⁸ Deshalb muss die Klausel bei der Vertragsgestaltung so formuliert werden, dass sie über jeden Zweifel erhaben ist, zumal ihre Einordnung als Nebenleistungspflicht (§ 3 II GmbHG) stark von subjektiven Elementen, nämlich den Absichten der Gesellschafter, geprägt ist. Denn es ist gerade umstritten, ob die Absichten der Gesellschafter nur dann Berücksichtigung finden sollen, wenn sich für sie zumindest erkennbare objektive Anhaltspunkte finden lassen.¹³⁷⁹ Wegen dieses Zweifels muss klar zum Ausdruck kommen, dass die Abtretungsverpflichtung an die Mitgliedschaft geknüpft ist, was durch eine Formulierung wie „der jeweilige Inhaber des Geschäftsanteils“ unproblematisch zum Ausdruck gebracht werden kann. Abgrenzungsfragen stellen sich dann nicht.¹³⁸⁰ Vorliegend können Zweifel elegant dadurch vermieden werden, dass man auf die Voraussetzungen der Einziehung Bezug nimmt, da die Einziehungsmöglichkeit für den jeweiligen Inhaber des Geschäftsanteils greift und somit über die Bezugnahme auf die Einziehung Klarheit auch für die Abtretungsverpflichtung geschaffen ist.

(b) Rechtsfolgen der Pfändungsfestigkeit des Erwerbsrechts

Die Pfändungsfestigkeit führt dazu, dass der Pfändungsgläubiger zwar den Geschäftsanteil verwerten kann, der jeweilige Erwerber diesen jedoch mit denjenigen Rechten und Pflichten erhält, die schon der ursprüngliche Inhaber hatte, die mithin der Mitgliedschaft anhaften. Die Gesellschafterversammlung kann somit nach wie vor die Abtretung beschließen.¹³⁸¹

(3) Teleologische Reduktion¹³⁸² der §§ 857, 829 I 2 ZPO iVm. §§ 135, 136 BGB

Das Erwerbsrecht kann letztlich seine erstrebte Wirkung nur erreichen und somit eine echte Alternative zur Zwangseinziehung darstellen, wenn der Erwerber den Geschäftsanteil nicht pfandrechtsbelastet erhält. Zu klären ist daher im Folgenden, ob es dem Gläubiger für diesen Fall nicht doch zuzumuten ist, die Gesellschaftsinteressen vorrangig zu behandeln, so dass das Erwerbsrecht letztlich eine Verhinderung der Verwertung des Geschäftsanteils bewirkt. Eine solche Argumentation gerät notwendig in Konflikt mit den Bestimmungen der §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB, wurde doch bereits festgestellt, dass diese Bestimmungen grundsätzlich nur dann einer Abtretung nicht entgegenstehen, wenn das Pfändungspfandrecht bestehen bleibt.¹³⁸³ Die Abtretungsklausel kann eine Verwertung durch den Gläubiger somit nur dann verhindern, wenn die genannten Bestimmungen hinsichtlich der satzungsmäßigen Abtretungsverpflichtung auf diese Fälle einer Nebenleistungspflicht nicht anzuwenden sind. Wenn eine ungehinderte Abtretung des Geschäftsanteils nicht über den Charakter der Abtretungsklausel als dinglicher Belastung konstruiert werden kann,¹³⁸⁴ so stellt sich an dieser Stelle dennoch die Frage, ob nicht aufgrund der besonderen Situation, die aus dem Zusammentreffen von Pfändungspfandrecht und Abtretungsklausel resultiert, gerade ein Wegfall des Pfändungspfandrechts den Gläubigerinteressen dient bzw. diese zumindest nicht gefährdet werden.

(a) Abgrenzung zur restriktiven Auslegung des § 829 I 2 ZPO

Zu klären ist zunächst die Frage, ob die gewünschte Rechtsfolge bereits über eine restriktive Auslegung des § 829 I 2 ZPO erreicht werden kann. Teilweise wird dafür ohne nähere Begründung plädiert, weil die Gläubiger

¹³⁷⁶ Vgl. *Priester*, DB 1979, 681, 683 f.

¹³⁷⁷ BGH, Urteil vom 29.9.1969, GmbHR 1970, 10, 12; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 56; *Priester*, DB 1979, 681, 683.

¹³⁷⁸ *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 42. Für eine Einordnung als schuldrechtliche Nebenabrede kann auch nicht die Entscheidung des BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 147/83, BGHZ 92, 386 angeführt werden. Zwar stellt der BGH auf schuldrechtlichen Ansprüchen ab, vgl. a.a.O. S. 390, doch spricht gegen eine Einordnung als schuldrechtliche Nebenabrede schon der Umstand, dass der BGH nur auf die Rechtsfolge Abtretungsverpflichtung abstellt, die ja obligatorisch wirkt (vgl. zu dieser Terminologie insbesondere auch *Hachenburg-Ulmer*, § 34 Rn. 115); vor allem spricht der BGH ausdrücklich von einer den Mitgliederbestand der Gesellschaft berührenden körperschaftlichen Regelung, a.a.O. S. 390; in diesem Sinne auch *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 43, die allerdings den BGH hier im Sinne einer schuldrechtlichen Nebenabrede versteht.

¹³⁷⁹ So ausdrücklich BGH, Urteil vom 4.11.1968, DB 1968, 2166; können somit subjektive Elemente nicht immer berücksichtigt werden, so soll für die Abgrenzung darauf abgestellt werden, ob die Regelung auch außerhalb der Satzung hätte getroffen werden können, BGH, Urteil vom 12.9.1955, BGHZ 18, 206, 207 f.

¹³⁸⁰ *Scholz-Emmerich*, § 3 Rn. 67.

¹³⁸¹ *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 93.

¹³⁸² Gebräuchlich ist auch die Bezeichnung Restriktion, vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, AT I, § 59, S. 347; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 211.

¹³⁸³ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87.

¹³⁸⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(1)(b), S. 135.

hinreichend dadurch geschützt sind, dass sich das Verwertungsrecht kraft dinglicher Surrogation am Abfindungserlös fortsetzt.¹³⁸⁵ Diese Aussage ist – unabhängig von der Frage, ob hier überhaupt eine restriktive Auslegung statthaft ist – jedenfalls zu pauschal und wird dem Umstand, dass damit eine Abweichung vom Verfügungsverbot als der vom Gesetzgeber vorgesehenen grundsätzlicher Rechtsfolge der Pfändung begründet werden soll, in keinsten Weise gerecht. Die Lösung des Problems kann nur im Wege einer genauen Auseinandersetzung mit der Frage nach einer Einschränkung der genannten Bestimmungen gefunden werden.

Bei genauerer Betrachtung ist aber bereits der Ansatzpunkt dieser Auffassung für eine restriktive Auslegung des § 829 I 2 ZPO fraglich. Es mag merkwürdig erscheinen, dass die Frage nach der Auslegung an dieser Stelle eine Rolle spielt, sind doch die verschiedenen Auslegungsmethoden längst diskutiert. Man kommt dennoch nicht umhin, zunächst genauer auf die restriktive Auslegungsmethode einzugehen und sie vor allem zur zweiten Möglichkeit, den Anwendungsbereich einer Norm zu begrenzen, nämlich der teleologischen Reduktion, abzugrenzen.

Für die Auslegung kommt es nach der überwiegenden Meinung, entgegen der so genannten subjektiven Theorie,¹³⁸⁶ nicht auf den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers an, da sich dieser nur schwer oder gar nicht feststellen lassen wird. Maßgebend ist nach der herrschenden objektiven Theorie vielmehr der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers.¹³⁸⁷ Der Unterschied zwischen beiden Ansichten ist allerdings nicht so groß, wie es nach den Begrifflichkeiten den Anschein erweckt, da sich beide Theorien des klassischen Kanons der Auslegungsmethoden¹³⁸⁸ bedienen. So kommt auch nach der objektiven Theorie der historischen Auslegung Bedeutung zu, nach der der Wille des Gesetzgebers, der wiederum nach der subjektiven Theorie allein entscheidend ist, anhand der Gesetzesmaterialien ermittelt wird.

Die oben angesprochene restriktive Auslegung zählt wie die teleologische Reduktion zur herkömmlichen juristischen Methode. Beide werden nicht zum primär anzuwendenden klassischen Kanon der Auslegungsmethoden gerechnet, sondern dienen dazu, den durch Auslegung am Wortlaut gefundenen Norminhalt einzuschränken. Sie werden daher als Argumentationsformen eingeordnet.¹³⁸⁹ Eine restriktive Auslegung kommt jedoch schon begriffsnotwendig nur dann in Betracht, wenn der Wortsinn mehrere Deutungen zulässt. Die restriktive Auslegung entscheidet sich dann für die engere Bedeutung.¹³⁹⁰ Die Abgrenzung zur teleologischen Reduktion mag zwar nicht immer leicht und im Einzelfall zweifelhaft sein, nicht jedoch im vorliegenden Fall. § 829 I 2 ZPO ist vom Wortlaut her eindeutig, es ist eben jedwede Verfügung verboten. Eine Einschränkung im oben angesprochenen Sinne kann daher nur im Wege einer teleologischen Reduktion erreicht werden. Es geht dabei um die Füllung einer unbewussten Regelungslücke. Die Lücke wird im Wege der Analogie gefüllt, wenn es sich um eine so genannte offene Lücke handelt, weil eine zu erwartende positive Regelung fehlt. Andernfalls führt sie zu einer Reduzierung auf den der Norm nach dem Regelungszweck oder dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich. Man spricht dann von einer verdeckten Regelungslücke, weil das Gesetz zwar eine anwendbare Regel enthält, diese aber ihrem Sinn und Zweck nach im konkreten Fall nicht passt, weil sie die Besonderheiten für die Wertung gerade dieser Fälle außer acht lässt.¹³⁹¹ Während im Falle der einschränkenden Auslegung die Norm durch die Annahme einer engeren statt einer auch möglichen weiteren Wortbedeutung eingeengt wird, erfolgt dies im Rahmen der teleologischen Reduktion durch die Hinzufügung einer einschränkenden Norm. Nur darum kann es auch im vorliegenden Fall gehen.¹³⁹²

(b) Gesetzgeberisches Ziel des in § 829 I 2 ZPO geregelten Verfügungsverbot

Eine Einschränkung kann somit nur dann erreicht werden, wenn die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion gegeben sind. Dies setzt eine verdeckte Regelungslücke voraus. Die immanente Teleologie des § 829 I 2 ZPO muss entgegen dem Wortsinn eine Einschränkung gebieten, die im Gesetzestext nicht enthalten ist.¹³⁹³ Der Gesetzeszweck dürfte somit nicht auch die Verfügungen im Rahmen von Erwerbsrechten wie im vorliegenden Fall erfassen, so dass diese vom Anwendungsbereich auszunehmen wären.

Fraglich ist zunächst, worin der Gesetzeszweck des § 829 I 2 ZPO zu sehen ist. Sinn und Zweck des Verfügungsverbot liegen sicherlich darin, die Rechtsstellung des Pfändungsgläubigers nach der Pfändung nicht zu beeinträchtigen und ihm daher das Vermögen des Schuldners insoweit zu sichern, als dies für seine Verwertung erforderlich ist. Daraus folgt aber notwendigerweise, dass bei strikter Anwendung des § 829 I 2 ZPO über dieses Ziel hinausgeschossen wird, weil dadurch sogar für den Gläubiger günstige Verfügungen untersagt werden. An-

¹³⁸⁵ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 93; Kranz, S. 206 f.; dies ist ein anderer Ansatzpunkt als von Fischer, GmbH 1961, 21, 23 in Spiel gebracht, der auf die Geltung von Vinkulierungsklauseln auch für den Fall der Pfändung abstellt, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)dd(4), S. 87.

¹³⁸⁶ Die Rechtsprechung ist uneinheitlich, im Sinne der subjektiven Theorie RG, Urteil vom 13.12.1932, RGZ 139, 110, 112; BGH, Beschluss vom 10.7.1951, BGHZ 3, 82, 84; wohl auch BGH, Beschluss vom 12.3.1997, ZIP 1997, 1505, 1506. Vgl. aus der Literatur *Enneccerus/Nipperdey*, AT I, § 51 III; MünchKomm-Säcker, Einl. Rn. 65.

¹³⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 21.5.1952, BVerfGE 1, 299, 312; Urteil vom 15.12.1959, BVerfGE 10, 234, 244; Urteil vom 16.2.1983, BVerfGE 62, 1, 45; BGH, Urteil vom 30.6.1966, BGHZ 46, 74, 76; Urteil vom 8.11.1967, BGHZ 49, 221, 223; *Canaris*, Anm. zu BGH, Beschluss vom 12.3.1997, ZIP 1997, 1507 f.; *Fritzsche*, S. 9 f.; *Palandt-Heinrichs*, Einleitung Rn. 34.

¹³⁸⁸ Zu diesem zählen in dieser Reihenfolge die grammatische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung, vgl. *Staudinger-Coing*, Einl zum BGB Rn. 138 ff.

¹³⁸⁹ Vgl. *Staudinger-Coing*, Einl zum BGB Rn. 156; *Palandt-Heinrichs*, Einleitung Rn. 39.

¹³⁹⁰ *Palandt-Heinrichs*, Einleitung Rn. 39.

¹³⁹¹ *Soergel-Hefermehl*, Anh. § 133 Rn. 12 ff.; *Palandt-Heinrichs*, Einleitung Rn. 39 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 198, 210 f.

¹³⁹² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 211. Dies übersieht auch *Kranz*, S. 207.

¹³⁹³ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 198.

erkannt ist daher jedenfalls eine teleologische Reduktion dahingehend, dass dem Schuldner nur solche Verfügungen untersagt sind, die das Pfändungspfandrecht des Gläubigers beeinträchtigen.¹³⁹⁴ Die Rechtsprechung spricht zwar in diesem Fall von einer einschränkenden Auslegung des § 829 I 2 ZPO.¹³⁹⁵ Doch ist insoweit *Larenz/Canaris*¹³⁹⁶ beizupflichten, die die Rechtsprechung dahingehend bloßstellen, dass sie zwar meist eine teleologische Reduktion betreibt, dies jedoch unter dem Deckmantel der restriktiven Auslegung, um den Eindruck größerer Gesetzestreue zu erwecken.

(c) Einbeziehung des Erwerbsrechts in die teleologische Reduktion

Die Nichtanwendbarkeit des § 829 I 2 ZPO auf das hier angesprochene Erwerbsrecht ist nur dann möglich, wenn auch dies die immanente Teleologie gebieten würde, mit anderen Worten, wenn Verfügungen in diesem Zusammenhang das Pfändungspfandrecht nicht beeinträchtigen würden. Wurde oben¹³⁹⁷ festgestellt, dass eine Verfügung über den Geschäftsanteil nur dann nicht gegen das Verfügungsverbot der §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB verstößt, wenn das Pfändungspfandrecht bestehen bleibt, weil grundsätzlich nur dann keine dem Gläubiger nachteilige Verfügung vorliegt, so stellt sich hier die umgekehrte Frage, ob aufgrund der besonderen Konstellation eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen gerade deshalb nicht droht, weil das Pfändungspfandrecht nicht am Geschäftsanteil bestehen bleibt, sondern sich vielmehr lediglich am Abfindungserlös als Surrogat fortsetzt. Diese Frage ist, soweit ersichtlich, weder in Rechtsprechung noch Literatur zufrieden stellend behandelt. Einzig *Kranz*¹³⁹⁸ setzt sich mit der Problematik auseinander, allerdings unter dem Gesichtspunkt der restriktiven Auslegung, während es in Wahrheit um eine teleologische Reduktion gehen muss.

(aa) Teleologische Reduktion aufgrund der *dolo agit* – Einrede

Berücksichtigt man die Tatsache, dass der Erwerber im Wege der Zwangsverwertung des Geschäftsanteils diesen mit einer Nebenleistungspflicht nach § 3 II GmbHG belastet erhält und somit die Gesellschafterversammlung den Anteil sogleich abtreten kann, so stellt sich die Frage, inwieweit sich der Erwerber treuwidrig nach § 242 BGB verhält, wenn er den Geschäftsanteil erwirbt und diesen alsbald wieder zurückgewähren muss an denjenigen, der von der Gesellschafterversammlung eigentlich vorgesehen ist. *Kranz*¹³⁹⁹ befürwortet, unter Heranziehung der *dolo agit* – Einrede eine Einschränkung der Bestimmungen der §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB aus § 242 BGB herzuleiten.

Es stellt zwar eine unter § 242 BGB zu subsumierende unzulässige Rechtsausübung dar, wenn eine Leistung gefordert wird, die alsbald wieder zurückzugewähren ist – *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*.¹⁴⁰⁰ Es handelt sich dabei um die Fallgruppe des Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses an der Leistung.¹⁴⁰¹ Die vorliegende Konstellation kann allerdings nicht unter diese Fallgruppe eingeordnet werden. Zum einen sind vor allem die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle hauptsächlich auf Zweipersonenverhältnisse beschränkt.¹⁴⁰² Bei der Abtretung von Gesellschaftsanteilen sind aber mehrere Parteien beteiligt, nämlich der betroffene Gesellschafter, die Mitgesellschafter, der Erwerber im Rahmen der Zwangsverwertung sowie derjenige, an den der Geschäftsanteil nach dem Willen der Gesellschafterversammlung abgetreten werden soll. Zwar findet der *dolo agit* Grundsatz auch in Mehrpersonenverhältnissen Anwendung, jedoch nur dann, wenn etwa im Dreipersonenverhältnis der Kläger das Erlangte einem Dritten zu erstatten hat, der es wiederum an den Beklagten herausgeben muss. Auch an einem solchen Regresskreislauf kann der klagende Gläubiger kein Interesse haben.¹⁴⁰³ Eine solche Konstellation ist hier aber nicht gegeben. Es kann daher – entgegen *Kranz*¹⁴⁰⁴ – gerade auch der Rechtsgedanke der *dolo agit* – Einrede zu keinem anderen Ergebnis führen. Die *dolo agit* – Einrede beruht auf dem Gedanken, dass Normen, die auf eine Änderung der Rechtslage gerichtet sind und dazu dem Berechtigten einen Anspruch als Mittel zur Erreichung dieses Zieles einräumen, ihre Rechtfertigung darin finden, dass das Ergebnis dieses Prozesses auf Dauer als sinnvoll angesehen wird. Dieser Sinn würde konterkariert, wenn der Prozess alsbald rückgängig gemacht würde. Es wird dann eben nicht das Ziel verfolgt, die Rechtslage auf Dauer zu ver-

¹³⁹⁴ BGH, Urteil vom 12.7.1968, NJW 1968, 2059, 2060; OLG Oldenburg, Beschluss vom 24.6.1997, MDR 1998, 61; *Berner*, Rpfleger 1966, 75; *Stein/Jonas-Brehm*, § 829 Rn. 90; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann*, § 829 Rn. 66; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 55 I.3.a)bb); *MünchKommZPO-Smid*, § 829 Rn. 40; *Stöber*, Forderungspfändung Rn. 561 (in 13. kontrollieren); *Zöller-Stöber*, § 829 Rn. 18.

¹³⁹⁵ BGH, Urteil vom 12.7.1968, NJW 1968, 2059, 2060.

¹³⁹⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 211.

¹³⁹⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87.

¹³⁹⁸ S. 206 ff.

¹³⁹⁹ S. 207 f. im Hinblick auf eine restriktive Auslegung.

¹⁴⁰⁰ *Palandt-Heinrichs*, § 242 Rn. 38 ff., 52; *MünchKomm-Roth*, § 242 Rn. 539, der formuliert: *dolo facit, qui...*; *Staudinger-Jürgen Schmidt*, § 242 Rn. 777; *Soergel-Teichmann*, § 242 Rn. 298 ff.; RG, Urteil vom 19.2.1914, RGZ 84, 208, 212 formuliert dagegen noch „*dolo malo agit, qui petit, quod redditurus est*“: das Wort „statim“ wurde nur zur Verdeutlichung später häufig eingefügt, *Wacke*, JA 1982, 477, 478); vgl. allgemein zu diesem Grundsatz *Wacke*, JA 1982, 477 ff.

¹⁴⁰¹ *Palandt-Heinrichs*, § 242 Rn. 50 ff., 52; *MünchKomm-Roth*, § 242 Rn. 539; *Soergel-Teichmann*, § 242 Rn. 298.

¹⁴⁰² Vgl. hierzu RG, Urteil vom 19.2.1914, RGZ 84, 208, 212; Urteil vom 5.7.1929, RGZ 126, 383, 385 f.; Urteil vom 2.2.1934, RGZ 143, 275, 277; Urteil vom 9.5.1939, RGZ 160, 310, 312; Urteil vom 17.2.1941, RGZ 166, 113, 117; BGH, Urteil vom 21.5.1953, BGHZ 10, 69, 75; Urteil vom 24.10.1962, BGHZ 38, 122, 126; Urteil vom 18.5.1979, BGHZ 74, 293, 300; Urteil vom 29.4.1985, BGHZ 94, 240, 246; Urteil vom 21.12.1989, BGHZ 110, 30, 33.

¹⁴⁰³ RG, Urteil vom 11.7.1939, RGZ 161, 94, 98 f.; BGH, Urteil vom 8.12.1972, NJW 1972, 440, 442.

¹⁴⁰⁴ S. 207 f.

ändern, sondern ein anderes, von der ratio legis gerade nicht erfasstes Ziel, das etwa darin besteht, den Gegner zu schikanieren oder sich Vorteile in der Insolvenz des Gegners zu sichern.¹⁴⁰⁵ Deshalb setzt ein treuwidriges Verhalten im Sinne der *dolo agit* – Fallgruppe auf der Seite des Anspruchsgegners eine mögliche Interessengefährdung als Pendant voraus.¹⁴⁰⁶ Der Vorwurf der Arglist ist dann abwegig, wenn der Gegenanspruch, der dem Gläubiger die erlangte Sache wieder „wegnimmt“, nicht dem Schuldner zusteht, sondern einem Dritten, es sei denn, dieser ist wieder zur Herausgabe an den Schuldner verpflichtet. Im vorliegenden Fall wird der Geschäftsanteil aber gerade nicht wieder an den ursprünglichen Gläubiger abgetreten, sondern von der Gesellschafterversammlung an den Wunschkandidaten. Dies kann kaum den Erwerber im Wege der Zwangsverwertung dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aussetzen.¹⁴⁰⁷

Es geht daher zu weit, eine Beschränkung der Bestimmungen der §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB aus § 242 BGB herzuleiten.

(bb) Zulässigkeit der teleologischen Reduktion mangels Beeinträchtigung der Interessen des Pfändungsgläubigers

Eine teleologische Reduktion ist wegen Beeinträchtigung der Interessen des Pfändungsgläubigers nur dann abzulehnen, wenn sich die Rechtslage bei Fortbestand des Pfandrechts gegenüber derjenigen bei Fortsetzung am Abfindungserlös vorteilhafter gestaltet.

Ein Argument gegen eine teleologische Reduktion könnte der Aspekt der Anteilsvinkulierung liefern. Der Geschäftsanteil ist grundsätzlich nach § 15 V GmbHG vinkuliert, indem seine Abtretung an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft ist.¹⁴⁰⁸ Gerade im Fall der Verwertung des Geschäftsanteils im Wege der Zwangsvollstreckung können die Beschränkungen der Übertragbarkeit nach § 15 V GmbHG jedoch nicht entgegengehalten werden.¹⁴⁰⁹ Es besteht für einen Dritten, der sich an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb durch § 15 V GmbHG gehindert sieht, auf diese Weise die Möglichkeit, doch noch den Geschäftsanteil zu erhalten. Dies geht grundsätzlich mit dem Vorteil für den Gläubiger einher, den Geschäftsanteil zu einem höheren Preis verkaufen zu können, weil sich der Erwerber die dadurch trotz der Vinkulierung ermöglichte Aufnahme in die Gesellschaft eventuell „etwas kosten“ lassen wird.¹⁴¹⁰ Dies würde bedeuten, dass die Verwertung des Pfandrechts am Geschäftsanteil vorteilhafter wäre als die Fortsetzung des Pfandrechts am Abfindungserlös und damit gegen eine teleologische Reduktion sprechen.

Doch lässt diese Überlegung – unabhängig von der Frage, ob im Hinblick auf das Bestehenbleiben der Abtretungspflicht wegen § 3 II GmbHG überhaupt ein „Mehrwert“ erzielt werden kann¹⁴¹¹ – einen entscheidenden Gesichtspunkt außer Betracht. Es würde auf diese Weise dem Gläubiger (oder seinem Schuldner) etwas zukommen, worauf er keinen Anspruch hat. Das höhere Entgelt, das sich im Wege der freihändigen Veräußerung erzielen lässt, hat seine Ursache allein darin, dass die Anteilsvinkulierung im Falle der Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung keine Wirksamkeit entfaltet, sondern vielmehr jeder beliebige, vor allem auch ein den Gesellschaftern unerwünschter Dritter Einzug in die Gesellschaft nehmen könnte.¹⁴¹² Dieses Ergebnis ist aber mit den Grundprinzipien der Zwangsvollstreckung nicht vereinbar. Der Zugriff des Pfändungsgläubigers auf die Vermögensgegenstände des Schuldners ist notwendig nur in dem Umfang möglich, in dem diese dem Schuldner selbst zustehen.¹⁴¹³ Wenn aber der Anteil vinkuliert ist, hätte der Gesellschafter niemals selbst durch Veräußerung den nunmehr im Wege der Zwangsvollstreckung erzielten Preis erreichen können. Auf diesen erhöhten Preis kann somit auch der Pfändungsgläubiger keinen Anspruch haben, da ansonsten das Interesse der Gesellschaft, den Kreis ihrer Gesellschafter zu bestimmen, ausgehebelt würde.¹⁴¹⁴ Der „Wegfall“ der Vinkulierung bei Verwertung des Pfandrechts spricht folglich nicht gegen die Annahme einer teleologischen Reduktion.

Ein Vorteil für den Pfändungsgläubiger aus der Verwertung des Geschäftsanteils entsprechend der gerichtlichen Anordnung nach § 844 ZPO könnte sich jedoch daraus ergeben, dass der Gläubiger bei Erlöschen des Pfandrechts auf den Abfindungserlös verwiesen wäre. Der Abfindungsanspruch unterliegt jedoch meist Abfindungsbeschränkungen.

Dagegen sprechen jedoch mehrere Aspekte. Zum einen sind an die Begrenzung der Abfindung aus Gläubigerschutzgesichtspunkten strenge Anforderungen zu stellen.¹⁴¹⁵ Zum anderen ist allenfalls eine wirtschaftliche Beschränkung der Verwertungsmöglichkeit gegeben, da der Gläubiger nur hinsichtlich des Zugriffs auf den *Wert des Anteils*, nicht aber auf den Geschäftsanteil selbst gesichert werden soll. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die Pfändung des Geschäftsanteils nach § 857 I ZPO erfolgt, mithin einer Bestimmung, die sich im Abschnitt

¹⁴⁰⁵ Staudinger-Jürgen Schmidt, § 242 Rn. 777.

¹⁴⁰⁶ Die Interessengefährdung besteht darin, dass er auf die Geltendmachung seines Gegenanspruchs beschränkt ist und dabei die Gefahr besteht, dass der Berechtigte anderweitig verfügt oder dessen Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben bzw. ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, Soergel-Teichmann, § 242 Rn. 298.

¹⁴⁰⁷ Wacke, JA 1982, 477, 478.

¹⁴⁰⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(ff), S. 67.

¹⁴⁰⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

¹⁴¹⁰ Fischer, GmbHHR 1961, 21, 24; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 439.

¹⁴¹¹ Hierzu sogleich.

¹⁴¹² Fischer, GmbHHR 1961, 21, 24.

¹⁴¹³ BGH, Beschluss vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 25.

¹⁴¹⁴ Fischer, GmbHHR 1961, 21, 24; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 439.

¹⁴¹⁵ Vgl. zur Problematik der Zulässigkeit von Abfindungsbeschränkungen oben Fn. 1076.

der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen befindet. Die Pfändung ist letztlich auf die Befriedigung dieser Geldforderung gerichtet. Es geht somit um die Freisetzung des in dem Geschäftsanteil verkörperten Werts. Nichts anderes stellt – abgesehen von etwaigen Abfindungsbeschränkungen – der Abfindungserlös dar. Auch hier handelt es sich schließlich um das Substrat des Geschäftsanteils.

Darüber hinaus ist auch eine wirtschaftliche Beeinträchtigung des Gläubigers nur dann denkbar, wenn bei der Verwertung nach § 844 ZPO eine höhere Summe erzielt werden könnte, als dem Schuldner satzungsmäßig an Abfindung zusteht. Auch dies scheint nur auf den ersten Blick aufgrund möglicher Abfindungsbeschränkungen der Fall zu sein. Vergewenwärtigt man sich allerdings die Tatsache, dass das Erwerbsrecht aufgrund seiner Einordnung als Nebenverpflichtung nach § 3 II GmbHG¹⁴¹⁶ bestehen bleibt und der Erwerber somit Gefahr läuft, den Geschäftsanteil sofort wieder zu verlieren, so relativiert sich der Unterschied.¹⁴¹⁷ Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich gerade wegen der Abtretungsverpflichtung kaum ein Erwerber finden wird und dieser jedenfalls nicht bereit sein wird, auch nur annähernd den Wert des Geschäftsanteils als Entgelt zu akzeptieren.¹⁴¹⁸

Diese Überlegungen legen die Schlussfolgerung nahe, dass gerade die bloße Fortsetzung des Verwertungsrechts am Abfindungserlös die Gläubigerinteressen befriedigt. Der Fortbestand des Erwerbsrechts aufgrund seiner Einordnung als Nebenverpflichtung führt zu einer faktischen Unveräußerbarkeit bzw. zumindest zu einem Verkauf weit unter Wert. Die Fortsetzung des Pfandrechts am Abfindungserlös stellt den Gläubiger daher trotz etwaiger Abfindungsbeschränkungen im Vergleich zur Verwertungsmöglichkeit am Gesellschaftsanteil selbst wirtschaftlich besser. Zudem muss die Forderung des Gläubigers nicht notwendig höher als die Abfindungszahlung sein. Die Abfindungsbeschränkung wird mithin nur dann relevant, wenn die Gläubigerforderung die Abfindungssumme übersteigt.

Es ist nach alledem festzustellen, dass eine Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen nicht zu befürchten ist, es vielmehr gerade im wirtschaftlichen Interesse des Gläubigers liegt, wenn sich das Pfändungspfandrecht am Abfindungserlös fortsetzt.

(cc) Berücksichtigung der Interessen der übrigen Beteiligten

Die immanente Teleologie des § 829 I 2 ZPO gebietet eine Nichtanwendung auf die Abtretung des Geschäftsanteils im Rahmen der pfändungsbedingten Ausschließung eines Gesellschafters. Allein diese Lösung wird den Interessen auch der übrigen Beteiligten gerecht. Da der Erwerber im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Verwertung den Geschäftsanteil wegen dessen Belastung mit einem Erwerbsrechts als Nebenleistungspflicht im Sinne des § 3 II GmbHG nur vorübergehend erhalten würde, werden seine Interessen eher befriedigt. Anders wäre es nur, wenn er an der Zwangsverwertung ein Interesse spekulativer Natur hatte, wenn es ihm darum ging, den Anteil für einen – aufgrund der Tatsache der Nebenverpflichtung – geringen Preis zu erwerben, um anschließend die eventuell höhere Abfindung zu kassieren. Dann ist er aber nicht schutzwürdig.

Hinzukommt, dass diese Lösung den Interessen der Gesellschaft bzw. der Mitgesellschafter weitgehend entspricht. Bei Bestehenbleiben des Pfändungspfandrechts im Falle der Abtretung des Geschäftsanteils durch die Gesellschafterversammlung, liefe die Gesellschaft Gefahr, dennoch, zumindest zeitweilig, einen Gesellschafter dulden zu müssen, der ihren Interessen nicht entspricht. Nach der hier vertretenen Auffassung werden die damit verbundenen Unannehmlichkeiten und Gefahren für die Gesellschaft und die Mitgesellschafter vermieden.¹⁴¹⁹

hh) Klauselformulierung

Für den Fall der Pfändung des Geschäftsanteils durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters muss durch etwa folgende Satzungsbestimmung vorgesorgt werden:

§ 16

Einziehung

- (1) *Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung die Einziehung eines Geschäftsanteils oder eines Teils eines Geschäftsanteils beschließen, wenn*
- a) *der betreffende Gesellschafter zustimmt*
 - b) *ein Gläubiger eines Gesellschafters Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteils des Gesellschafters vornimmt und es den Inhabern des Geschäftsanteils nicht binnen 8 Wochen, spätestens bis zur Verwertung des Geschäftsanteils, gelungen ist, die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erreichen.*
 - c) *ein Gesellschafter seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt*
 - d) *in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt*
 - e) *...*
 - f) *...*

¹⁴¹⁶ 2. Kapitel: V.1.b)gg(2)(a), S. 139.

¹⁴¹⁷ Kranz, S. 206 f.

¹⁴¹⁸ Vgl. Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 93.

¹⁴¹⁹ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung, S. 93.

- (2) Die von der Gesellschafterversammlung beschlossene Einziehung wird durch die Geschäftsführung mittels eingeschriebenen Briefs erklärt. Der Zugang der Erklärung hat den sofortigen Verlust der Gesellschafterstellung zur Folge. §§ 19 Absatz 2, 34 Absatz 3 i.V.m. § 30 GmbHG bleiben unberührt.
- (3) Dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter steht kein Stimmrecht zu. Das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung sowie das Recht, sich vor der Beschlussfassung zu äußern, bleiben unberührt.
- (4) Steht ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu, ist die Einziehung gemäß Absatz 1 b) bis...auch dann zulässig, wenn die Einziehungsvoraussetzungen nur in der Person eines Mitberechtigten vorliegen.
- (5) Im Einziehungsbeschluss selbst oder auch in einem weiteren Beschluss kann die Gesellschafterversammlung eine Anpassung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter an das unverändert gebliebene Stammkapital beschließen, indem die Nennbeträge um den auf die verbleibenden Gesellschafter entfallenden Teil des eingezogenen Geschäftsanteils erhöht werden. Die von der Gesellschafterversammlung beschlossene Aufstockung wird den verbleibenden Gesellschaftern durch die Geschäftsführung mittels eingeschriebenen Briefs erklärt und mit dessen Zugang wirksam. Stattdessen kann die Gesellschafterversammlung auch die Neubildung eines Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen beschließen. Für die Neubildung ist eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen erforderlich.
- (6) Soweit die Einziehung eines Geschäftsanteils gemäß Absatz 1 zulässig ist, ist die Gesellschafterversammlung unwiderruflich ermächtigt, stattdessen in notariell beurkundeter Form die Übertragung des Geschäftsanteils oder von Teilen davon auf die Gesellschaft, auf Mitgesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung oder einem anderen von den übernehmenden Mitgesellschaftern gewünschten Verhältnis, oder auf einen Dritten beschließen. Absätze 3 und 4 finden entsprechende Anwendung. § 14 gilt mit Ausnahme dessen Absatz 2, soweit er etwaige darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse enthält. Bei Abtretung an zur Übernahme bereite Gesellschafter ist zur Teilung des Geschäftsanteils eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich. Im Übrigen bleibt § 17 GmbHG unberührt. Die Abtretung an einen an der Beschlussfassung nicht beteiligten Erwerber wird erst wirksam, wenn der Erwerber das in dem notariellen Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot in notarieller Form annimmt. Die Mitgesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger trifft bei Abtretung des Geschäftsanteils an sie eine Übernahmepflicht.
- (7) Dem von der Einziehung oder Abtretung betroffenen Gesellschafter steht eine auf den Einziehungs-/Abtretungsstichtag zu ermittelnde Abfindung zu. Bei Abtretung des Geschäftsanteils an die Mitgesellschafter oder einen Dritten, wird die Abfindung vom Erwerber bzw. dessen Rechtsnachfolger geschuldet. Der Anspruch steht der GmbH zu und richtet sich auf Zahlung der Abfindung an den ausgeschlossenen Gesellschafter. Die GmbH haftet für die Zahlung der Abfindung durch den Erwerber wie ein Bürge. § 30 GmbHG bleibt unberührt. ... (genaue Regelung der Abfindung mit Abfindungsbeschränkungen etc.)¹⁴²⁰

§ 18

Vereinigung von Geschäftsanteilen

Mehrere voll eingezahlte Geschäftsanteile, für die keine Nachschusspflicht besteht, können zu einem Geschäftsanteil vereinigt werden. Die Vereinigung bedarf eines Gesellschafterbeschlusses. Eine Zustimmung des Inhabers der Geschäftsanteile ist nicht erforderlich. Eine Vereinigung scheidet aus, wenn die Anteile unterschiedlich mit Rechten oder Pflichten ausgestattet sind oder unterschiedlich mit Rechten Dritter belastet sind.

c) Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH & Co. KG an den GmbH-Vertrag

Wenn nach dem Vorstehenden allein die Vinkulierung der Geschäftsanteile einer Pfändung nicht entgegengehalten werden kann,¹⁴²¹ muss auch der Gesellschaftsvertrag der KG den Interessen der Gesellschafter angepasst werden. Die gesetzliche Rechtslage in der KG, die durch eine Anwachsung der Rechte und Pflichten der Mitgesellschafter nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 1 BGB geprägt ist,¹⁴²² entspricht nicht immer der gewünschten Rechtslage, vor allem, weil sie keine flexible Handhabung ermöglicht. Es besteht zwar primär ein Interesse der Gesellschafter, das Eindringen Dritter gegen ihren Willen zu verhindern. Dem trägt die gesetzliche Lage im Recht der Personengesellschaften Rechnung. Die Gesellschafter müssen jedoch weitergehend auch die Möglichkeit haben, anstelle der gesetzlich vorgesehenen Anwachsung die Aufnahme eines neuen Gesellschafter zu beschließen, um die ursprünglichen Beteiligungs- und Haftungsverhältnisse beibehalten zu können. Insoweit muss also nicht nur die Vertragsgestaltung der Komplementär-GmbH am KG-Recht ausgerichtet werden, sondern umgekehrt auch der KG-Vertrag der Gestaltung der GmbH-Satzung Rechnung tragen. Augenmerk ist dabei auch auf den Zeitpunkt des Ausscheidens zu legen.

¹⁴²⁰ Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister, § IV.20, § 22.

¹⁴²¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

¹⁴²² Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79.

Ausgangspunkt ist, dass jede Regelung im Lichte des § 135 HGB gesehen werden muss, der im Hinblick auf das Kündigungsrecht des Gläubigers zwingend ist.¹⁴²³ Modifikationen sind daher nur insoweit möglich, als sie die Rechtsfolgen der Kündigung des Privatgläubigers betreffen.¹⁴²⁴

aa) Abbedingung des § 131 III 1 Nr. 4 HGB zugunsten eines Wahlrechts der Gesellschafterversammlung zwischen Ausschluss und Abtretung

Es bietet sich an, anstelle des automatischen Ausscheidens des gepfändeten Gesellschafters im Falle der Kündigung durch den Privatgläubiger aufgrund der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 4 HGB, eine Regelung vorzusehen, die für den Fall der Pfändung den Gesellschaftern ein Wahlrecht einräumt, entweder den Ausschluss des Gesellschafters oder die Übertragung seines Gesellschaftersanteils auf einen oder mehrere der verbleibenden Gesellschafter oder auf einen Dritten zu beschließen.¹⁴²⁵ Auf diese Weise kann ein Gleichlauf mit der Rechtslage in der GmbH erreicht werden und zudem den Gesellschaftern flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten an die Hand gegeben werden.

Diese Regelung im Interesse der Mitgesellschafter muss allerdings gesellschaftsrechtlich zulässig sein. Eine Abbedingung der grundsätzlichen gesetzlichen Rechtsfolge des Ausscheidens des Gesellschafters nach § 131 III 1 Nr. 4 HGB ist unproblematisch, da es sich um dispositives Recht handelt.¹⁴²⁶ Die Zulässigkeit eines Beschlusses, mit dem die Gesellschafter über das Ausscheiden des gepfändeten Gesellschafters entscheiden, kann nicht schon allein auf § 131 III Nr. 6 HGB gestützt werden, wenn auch der Wortlaut dafür spricht. Ein Ausschluss gegen den Willen des Gesellschafters soll durch diese Bestimmung nicht erleichtert werden. Dies ist zwar dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Auch die Gesetzesbegründung,¹⁴²⁷ nach der mit dieser Regelung eine materielle Erleichterung der Ausschließung von Gesellschaftern durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss nicht verbunden sein soll, kann nur bedingt herangezogen werden, weil diese an der Gesetzeskraft nicht teilnimmt.¹⁴²⁸ Da auch die Regelung des § 140 HGB unverändert beibehalten wurde, müssen die scheinbar weite Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 6 HGB sowie die dem Gesellschafterschutz Rechnung tragende Bestimmung des § 140 HGB aufeinander abgestimmt werden.¹⁴²⁹ Erfasst vom direkten Anwendungsbereich des § 131 III 1 Nr. 6 HGB können nur Fälle des einvernehmlichen Ausscheidens sein. Für einen Ausschluss müssen höhere Anforderungen gestellt werden.¹⁴³⁰

Die Gesellschafter sind nicht durch die Bestimmungen der §§ 140 iVm. 161 II HGB, die den Gesellschafterausschluss an ein auf eine Gestaltungsklage folgendes Ausschlussurteil knüpfen, gebunden. Es ist allgemein anerkannt, dass § 140 HGB hinsichtlich des Ausschlussverfahrens dispositiv ist und daher auch der Ausschluss eines Gesellschafters in Anlehnung an § 737 BGB durch Gesellschafterbeschluss erfolgen kann, zumal für den betroffenen Gesellschafter die Möglichkeit der Auflösungsklage nach §§ 133, 161 II HGB verbleibt.¹⁴³¹ Es stellt sich

¹⁴²³ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

¹⁴²⁴ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 25.

¹⁴²⁵ Eine Übertragung auf die Gesellschaft selbst scheidet hier allerdings – anders als im GmbH-Recht aus. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften als eine auf einem Schuldvertrag beruhende Gesamthand zu sehen ist und daher die Gesellschaft selbst nicht Vertragspartner des ihre Grundlage bildenden Gesellschaftsvertrags sein kann. Die Verselbständigung von KG und OHG (§§ 161 II, 124 HGB) geht also nicht so weit, dass die Gesellschaft ihr eigener Gesellschafter sein kann, BGH, Beschluss vom 6.10.1992, BGHZ 119, 346, 356; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 30; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 105 Rn. 100; Heymann-Horn, HGB, § 161 Rn. 44; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 65; GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 95. Die „Übertragung“ an die Personenhandelsgesellschaft würde zum Wegfall der Mitgliedschaft unter Ausscheiden des Veräußerers und Anwachsung des Gesamthandsvermögens bei den verbleibenden Gesellschaftern führen. Eine Parallele zum Recht der Kapitalgesellschaften (§§ 71 AktG, 33 GmbHG) scheidet aufgrund der unterschiedlichen Gesellschaftsstruktur von juristischer Person und Gesamthand aus, GroßkommentarHGB-Ulmer, § 105 Rn. 95, vgl. zur unterschiedlichen Gesellschaftsstruktur bereits oben Fn. 513.

Ein Gleichlauf von KG und Komplementär-GmbH ist dadurch aber nicht gefährdet. Zum einen ruhen die Rechte und Pflichten aus dem eigenen Anteil, so dass gerade eine der Anwachsung in der KG entsprechende Rechtslage im Sinne einer faktischen Anwachsung eintritt, vgl. ähnlich zur Problematik der Neubildung des Geschäftsanteils bereits oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(c)(bb), S. 123, so dass bereits dadurch ein Gleichlauf in beiden Gesellschaften gesichert ist. Sollte sich die Gesellschaft zur Weiterveräußerung entschließen, so sorgt die Verzahnung der Gesellschaftsverträge für eine parallele Entwicklung, vgl. hierzu unten 3. Kapitel: I.2.b), S. 201.

¹⁴²⁶ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 83.

¹⁴²⁷ Vgl. Begründung RegE HRefG BT-Ds. 13/8444, S. 65.

¹⁴²⁸ *Wiedemann*, in *Gedächtnisschrift Lüderitz*, S. 839, 846.

¹⁴²⁹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 26; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 54; *Wiedemann*, in *Gedächtnisschrift Lüderitz*, S. 839, 852.

¹⁴³⁰ Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 131 Rn. 27.

¹⁴³¹ BGH, Urteil vom 17.12.1959, BGHZ 31, 295, 299 f.; Urteil vom 20.1.1977, BGHZ 68, 212, 214; Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 56/80, BGHZ 81, 263, 265 f.; Urteil vom 5.6.1989, BGHZ 107, 351, 356; Urteil vom 3.2.1997, NJW-RR 1997, 925; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 30; Heymann-Emmerich, HGB, § 140 Rn. 33; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 140 Rn. 24; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 37; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 45; MünchHandbuchKG-Piebler, § 36 Rn. 37; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 140 Rn. 74; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 III.2. A. A. dagegen noch die ältere Rechtsprechung, vgl. RG, Urteil vom 15.1.1897, RGZ 38, 119, 121 ff.; Urteil vom 21.10.1924, RGZ 109, 80, 82.

Höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt ist allerdings die Frage, inwieweit die Möglichkeit der Beschlussfassung die Ausschlussklage verdrängt. Dies muss jedenfalls durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden, BGH, Urteil vom 3.2.1997, NJW-RR 1997, 925; Beck'sches Handbuch-Sauter, § 7 Rn. 102. Diese Frage hat nicht nur theoretische Bedeutung, sondern ist vielmehr von enormer praktischer, weil prozessualer, Relevanz. Ein Minderheitsgesellschafter hat im Hinblick auf einen Gesellschafterbeschluss, der zum Ausschluss eines Gesellschafters führen soll, gegen den Mehrheitswillen nur die Möglichkeit, seine Mitgesellschafter auf Zustimmung zu einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss zu verklagen, BGH, Urteil vom 3.2.1997, NJW-RR 1997, 925. Besteht dagegen daneben die Möglichkeit der Ausschlussklage fort, so kann er nach h. M. auch unmittelbar auf Ausschluss und auf Zustimmung der ablehnenden Gesellschafter im Wege der objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO klagen, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 20; Hey-

allerdings die Frage, inwieweit an einen wichtigen Grund im Sinne des § 140 HGB anzuknüpfen ist, und ob die Pfändung als solcher eingeordnet werden kann, wofür sicherlich gute Gründe sprechen.¹⁴³² Dies könnte jedoch auch an dieser Stelle offen bleiben,¹⁴³³ wenn die Annahme eines sachlichen Grundes den Gesellschafterausschluss rechtfertigt, da die Einordnung der Pfändung als sachlicher Grund jedenfalls unproblematisch ist. Die Bestimmung des § 140 HGB ist auch insoweit dispositiv, als der Ausschluss des Gesellschafters nicht zwingend an das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu knüpfen ist, so dass auch materiellrechtlich abgewichen werden kann.¹⁴³⁴ Dies bedarf freilich im Hinblick auf die Problematik der Unzulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln eingehender Begründung. Im Gegensatz zu grundsätzlich unzulässigen Hinauskündigungsklauseln,¹⁴³⁵ die den Ausschluss in das Ermessen der Gesellschafter stellen, lässt sich dennoch der Rechtsprechung des BGH die Zulässigkeit der Ausschließung anlässlich sachlicher Gründe entnehmen.¹⁴³⁶ Es ist daher zwischen den ganz besonderen Umständen, die eine Hinauskündigungsklausel als ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen¹⁴³⁷ und solchen sachlichen Gründen, die wie wichtige Gründe auf den Ausschluss selbst bezogen sind, zu differenzieren.¹⁴³⁸ Das Damoklesschwert einer Hinauskündigung schwebt dann ebenso wenig über dem Gesellschafter wie im Falle eines wichtigen Grundes. Es ist zwar umstritten, welche Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes zu stellen sind. Diese müssen nach ihrer Gewichtigkeit aber wohl unterhalb der Schwelle eines wichtigen Grundes angesiedelt werden, da ansonsten kein Unterschied zum wichtigen Grund bestehen würde.

Zweifelhaft ist zwar, ob der BGH in den genannten Entscheidungen tatsächlich eine weitere Fallgruppe zwischen wichtigem Grund und Hinauskündigungsklausel schaffen wollte, zumal sich schwierige Abgrenzungsprobleme nicht nur zum wichtigen Grund¹⁴³⁹ ergeben, sondern auch zum bloßen äußeren Anlass und letztlich auch zum freiem Belieben.¹⁴⁴⁰ Diese Frage kann wohl für den hier interessierenden Fall der Pfändung, bei dem es um Gründe in der Person eines Gesellschafters geht, nur im Sinne der Zulässigkeit der Ausschließung auch aus sachlichen Gründen beantwortet werden. Es besteht dann schon nicht die Gefahr der fehlenden Abgrenzbarkeit zu bloßen äußeren Anlässen für den Ausschluss.¹⁴⁴¹ Zudem kann der Wortlaut der Entscheidungen wohl nur in diesem Sinne verstanden werden. Dem BGH geht es mit seiner Rechtsprechung zu Hinauskündigungsklauseln primär darum, den betroffenen Gesellschafter vor einer Willkürherrschaft der übrigen Gesellschafter zu bewahren.¹⁴⁴² Diese Gefahr sieht er allerdings nur dann gegeben, wenn ein Ausschluss ohne das Vorliegen sachlicher Gründe erfolgen soll.¹⁴⁴³ Für die Annahme einer weiteren Fallgruppe spricht auch, dass der BGH auch schon in früheren Entscheidungen von seiner Forderung nach wichtigen Gründen zu der Feststellung gelangt ist, dass ein Ausschluss „ohne Vorliegen sachlicher (gewichtiger) Gründe“ grundsätzlich unzulässig sei.¹⁴⁴⁴

Es spricht daher viel dafür, sachliche Gründe ausreichen zu lassen, sie mit anderen Worten als selbständige Gruppe neben den wichtigen Gründen als Ausschlussgründe zu werten und nicht im Sinne von Gründen, die den Ausschluss aus freiem Belieben zulassen.¹⁴⁴⁵ Dadurch wird die richtige Mitte zwischen freiem Ermessen und wichtigem Grund gehalten.¹⁴⁴⁶ Dies kann für den Fall der Pfändung im Sinne eines personenbedingten Ausschlussgrundes auch nur als interessengerecht gesehen werden, vor allem vor dem Hintergrund, dass der Gesellschafter bereits nach der gesetzlichen Lage ausscheiden würde,¹⁴⁴⁷ mithin die Gesellschafter mittels eines Ausschlusses den Gesellschafter nicht schlechter stellen. Der Unterschied besteht einzig und allein darin, dass

mann-Emmerich, HGB, § 140 Rn. 50; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 30 (ausführlich zu den prozessualen Möglichkeiten mit weiteren Nachweisen auch zur Kritik an der Klagehäufung); Beck'sches Handbuch-Sauter, § 7 Rn. 102. Der BGH hat sich bisher nur in einem Nichtannahmebeschluss dahingehend geäußert, dass die Ausschließung durch Gesellschafterbeschluss abschließenden Charakter haben soll, so dass nur die Klage auf Zustimmung zur Beschlussfassung bleibt, BGH, Beschluss vom 15.1.2001, DStR 2001, 495.

¹⁴³² Vgl. bereits oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.**

¹⁴³³ Vgl. bereits oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.**

¹⁴³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 56/80, BGHZ 81, 263, 265 f.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 30.

¹⁴³⁵ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(c), S. 95.**

¹⁴³⁶ BGH, Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 216 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.6.1983, NJW 1983, 2880, 2881 zur GmbH; im Sinne der Zulässigkeit der Ausschließung aus sachlichen Gründen der Rechtsprechung folgend auch Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 57; offengelassen hat der BGH allerdings, ob die sachliche Rechtfertigung schon aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen muss, aaO, 213, 217; in Anbetracht der Tatsache, dass das Gesetz an das Vorliegen sachlicher Gründe kein Ausschließungsrecht knüpft, müssen sie aus diesem Grund schon aus dem Gesellschaftsvertrag hervorgehen, *Behr*, ZGR 1990, 370, 381; *Huber*, ZGR 1980, 177, 200.

¹⁴³⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 20.1.1977, BGHZ 68, 212, 215 sowie ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(c), S. 95.**

¹⁴³⁸ *Behr*, ZGR 1990, 370, 380 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 57; a. A. wiederum *Schilling*, ZGR 1979, 419, 422 und *Wiedemann*, in FS Fischer, S. 883, 897 f., vgl. bereits oben ausführlich Fn. 953. Vielfach wird in der Literatur auf diese Differenzierung nicht eingegangen und nicht sauber zwischen den ganz besonderen Umständen und den „normalen“ sachlichen Gründen differenziert, vgl. nur Beck'sches Handbuch-Sauter, § 7 Rn. 98 f.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 140 Rn. 77 ff.

¹⁴³⁹ Darauf weist *Huber*, ZGR 1980, 177, 200 hin.

¹⁴⁴⁰ Daher zweifelnd *Behr*, ZGR 1990, 370, 381 f.; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 140 Rn. 6; fraglich ist dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass der BGH die Problematik im Zusammenhang der Ausnahmen vom Verbot von Hinauskündigungsklauseln bringt, BGH, Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 217.

¹⁴⁴¹ *Behr*, ZGR 1990, 370, 382 weist hier zutreffen darauf hin, dass bei der Anknüpfung etwa an den Tod eines beliebigen Gesellschafters die Einordnung in beide Fallgruppen möglich ist.

¹⁴⁴² Vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1981 – II ZR 56/80, BGHZ 81, 263, 266 f.

¹⁴⁴³ BGH, Urteil vom 19.9.1988, BGHZ 105, 213, 216 f.

¹⁴⁴⁴ BGH, Urteil vom 25.3.1985, NJW 1985, 2421, 2422.

¹⁴⁴⁵ In diesem Sinne aber wohl *Behr*, ZGR 1990, 370, 382 ff., der in der Bezeichnung „sachliche Gründe“ eher eine unglückliche Formulierung sieht, aaO, S. 381.

¹⁴⁴⁶ *Müller*, EWIR 1989, 377 f.; in diesem Sinne wohl auch *Kübler/Klose*, WuB II G. § 140 HGB 1.89, S. 613; insoweit kann auch *Schilling*, ZGR 1979, 419, 422 sowie *Wiedemann*, in Gedächtnisschrift Lüderitz, 839, 852 f., beipflichtet werden, vgl. aber zur Kritik an deren Auffassung, oben Fn. 953.

¹⁴⁴⁷ Vgl. §§ 131 III 1 Nr. 4, 161 II HGB.

das Ausscheiden des Gesellschafters aufgrund Gesellschafterbeschlusses nicht automatisch erfolgt und zudem auf den Fall der Pfändung vorverlagert ist.¹⁴⁴⁸

Da sowohl die Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 4 HGB als auch die Bestimmung des § 140 HGB nicht zwingend ist, bestehen auch keine Bedenken, der Gesellschafterversammlung ein Wahlrecht dahingehend einzuräumen, anstelle des Ausschlusses die Abtretung des Gesellschaftsanteils zu beschließen, wie dies auch für die GmbH vertreten wird. So sind auch in den Gesellschaftsverträgen von Kommanditgesellschaften Vorerwerbsrechte parallel zu den Regelungen, die in GmbH-Satzungen zu finden sind, üblich und auch Ankaufsrechte – wenn auch nicht häufig – zu finden.¹⁴⁴⁹ Die rechtliche Begründung von Erwerbsrechten ist im Recht der Personengesellschaften im Vergleich zum GmbH-Recht sogar noch unproblematischer möglich, da für den Gesellschaftsvertrag der KG weitgehende Vertragsfreiheit besteht,¹⁴⁵⁰ mithin den Gesellschaften mehr Gestaltungsmöglichkeiten offen stehen, als dies bei der GmbH mit Rücksicht auf den Charakter des Gesellschaftsvertrages als Satzung einer Körperschaft der Fall ist. In den Gesellschaftsvertrag können folglich zusätzliche Pflichten und somit parallel zur Gestaltung in der GmbH-Satzung auch Abtretungspflichten aufgenommen werden,¹⁴⁵¹ die als gesellschaftsvertragliche Rechte bzw. Pflichten – wie schon bei der Gestaltung des GmbH-Vertrages¹⁴⁵² – nicht nur individualrechtlichen Charakter als schuldrechtliche Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander haben, sondern vielmehr auch für etwaige Rechtsnachfolger greifen, eben an der Mitgliedschaft „kleben“.¹⁴⁵³ Der Rechtsnachfolger rückt grundsätzlich voll in die Rechtsstellung des Veräußerers ein.¹⁴⁵⁴ Die Klausel muss in Übereinstimmung mit dem GmbH-Recht dinglich ausgestaltet werden, sprich die Gesellschafterversammlung soll nicht nur eine Abtretungsverpflichtung des betroffenen Gesellschafters beschließen können,¹⁴⁵⁵ sondern selbst ermächtigt werden, die Abtretung vorzunehmen.¹⁴⁵⁶ Parallel ist auch die Pflicht des Erwerbers zur Abfindungszahlung zu regeln.¹⁴⁵⁷

Die Rechtsfolgen des Ausschlusses für den Gesellschaftergläubiger sind dieselben wie im Falle des Ausscheidens des Gesellschafters infolge der Kündigung nach §§ 131 III 1 Nr. 4, 161 II HGB.¹⁴⁵⁸ Der Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus, die unter den verbleibenden Gesellschaftern, denen der Anteil nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. 738 I 1 BGB anwächst, fortgesetzt wird.¹⁴⁵⁹ Das Pfändungspfandrecht des Gläubigers setzt sich dann an dem Abfindungsanspruch fort, der dem Ausscheidenden zusteht. Das gepfändete Abfindungsguthaben ist an ihn auszukehren.¹⁴⁶⁰

bb) Teleologische Reduktion der §§ 859, 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB

Die Abtretung hat allerdings grundsätzlich keine Auswirkungen auf das einmal entstandene Pfändungspfandrecht.¹⁴⁶¹ Ebenso wie im Falle der Zwangsabtretung von GmbH-Anteilen steht der Abtretung somit auch kein Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 857, 829 I 2 ZPO, 135, 136 BGB entgegen.¹⁴⁶² Dem Erwerber bliebe nur die Möglichkeit, von seinem Ablöserecht analog §§ 268, 1273 II, 1223 II BGB Gebrauch zu machen.¹⁴⁶³ Auch innerhalb der KG muss allerdings dieses gefundene Ergebnis nochmals überdacht werden. Da eine Angleichung an die Vertragsgestaltung in der GmbH vorgenommen wird, stellt sich auch hier die Frage nach einer teleologischen Reduktion der Gläubigerschutzbestimmungen. Man kann hier konsequenterweise zu keinem anderen Ergebnis gelangen, da nur auf diese Weise ein Ausgleich zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Interessen der Beteiligten Personen erreicht werden kann.

¹⁴⁴⁸ Die Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der Pfändung anstelle der Kündigung durch den Gesellschaftergläubiger ist unproblematisch, vgl. schon OLG München, Urteil vom 16.1.1998, GmbHR 1999, 81 f. zur alten Rechtslage (§ 131 Nr. 6 HGB); Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 44 Rn. 24.

¹⁴⁴⁹ Götz Hueck, in FS Larenz, S. 749, 753 f.

¹⁴⁵⁰ Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 72.

¹⁴⁵¹ Götz Hueck, in FS Larenz, S. 749, 760. Parallel zur GmbH ist eine Kombination mit einer Abnahmepflicht für die Gesellschafter zu empfehlen, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(c), S. 128.

¹⁴⁵² Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(2)(a), S. 139.

¹⁴⁵³ Götz Hueck, in FS Larenz, S. 749, 750.

¹⁴⁵⁴ BGH, Urteil vom 29.6.1981, BGHZ 81, 82, 84 f.; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 167; Heymann-Emmerich, HGB, § 109 Rn. 40.

¹⁴⁵⁵ Vgl. insoweit Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.9, § 13 II (Einheitsgesellschaft); III. 10, § 20 I 2 (GmbH & Co. KG).

¹⁴⁵⁶ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel, die der Gesellschafterversammlung ein Wahlrecht einräumt Hopt-Volhard, Form II.B.4., § 11 I (KG); Hopt-Volhard/Tischbirek, Form II.B.1., § 9 I (OHG), Form II.B.5., § 11 I (KG); vgl. auch Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 21 III sowie § 66 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 20 IV: Er schlägt an dieser Stelle vor, die Gesellschaft dazu zu ermächtigen, anstelle der Ausschließung eine Abtretungsverpflichtung zu begründen, die Gesellschafterversammlung jedoch zu bevollmächtigen, die Abtretung vorzunehmen; vgl. zur Ablehnung der Bevollmächtigungslösung oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(1)(b)(bb), S. 136.

¹⁴⁵⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(d), S. 129 sowie 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(e), S. 130.

¹⁴⁵⁸ Baumbach/Hopt, HGB, § 140 Rn. 24.

¹⁴⁵⁹ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 140 Rn. 19; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 34; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 140 Rn. 67.

¹⁴⁶⁰ Baumbach/Hopt, HGB, § 135 Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 20.

¹⁴⁶¹ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 135 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 14. Ebenso wie bei der Übertragung von pfändungspfandrechtbelasteten GmbH-Anteilen kommt auch hier ein gutgläubiger Erwerb nicht in Betracht, da es sich nicht um ein verbrieftes Recht handelt und somit ein Ansatzpunkt für den Schutz des guten Glaubens fehlt, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(1)(a), S. 135.

¹⁴⁶² Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87.

¹⁴⁶³ Vgl. Reichert, Zustimmungserfordernis, S. 85; Scholz-Winter, § 15 Rn. 181 zur GmbH.

Die Gläubigerinteressen werden hier ebenso wenig gefährdet wie bei Abtretung des GmbH-Anteils. Wird der KG-Anteil – was die absolute Ausnahme ist¹⁴⁶⁴ – durch Veräußerung verwertet, so ist die Ausgangssituation gleich. Gläubigerinteressen dient ein Festhalten am Inhibitorium dann gerade nicht. Aufgrund der Tatsache, dass auch der Erwerber im Rahmen der Zwangsverwertung von der Abtretungspflicht betroffen wäre,¹⁴⁶⁵ wird sich kaum ein Erwerber finden lassen, jedenfalls nicht zu einem adäquaten Preis. Demgegenüber erhält der Gläubiger für den Fall, dass sich das Pfändungspfandrecht am Erlös fortsetzt, abgesehen von Einschränkungen bei etwaigen Abfindungsbeschränkungen,¹⁴⁶⁶ letztlich den im Gesellschaftsanteil enthaltenen Wert.

Erfolgt die Verwertung dagegen – und das ist die Regel – durch Kündigung nach §§ 161 II, 135 HGB, so setzt sich das Pfändungspfandrecht am Abfindungserlös, der dem Gesellschafter zuteil wird, fort.¹⁴⁶⁷ Es tritt somit dieselbe Situation ein, die auch Konsequenz der Abtretung des Geschäftsanteils ist. Eine Gläubigerbenachteiligung ist somit nicht möglich, so dass einer teleologischen Reduktion der Gläubigerschutzbestimmungen nichts im Wege steht. Das Pfändungspfandrecht geht mit Abtretung des Gesellschaftsanteils unter und setzt sich am Abfindungserlös als Surrogat fort.

cc) Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters

Einigkeit herrscht dahingehend, dass der betroffene Gesellschafter an der Beschlussfassung über seinen Ausschluss kein Stimmrecht hat.¹⁴⁶⁸ Die Begründungen hierfür sind allerdings nicht ganz einheitlich. Teils wird den Bestimmungen der §§ 113, 117, 127, 140 HGB ein allgemeiner Grundsatz entnommen, dass der betroffene Gesellschafter bei der Vornahme von Handlungen ihm gegenüber aus wichtigem Grund kein Stimmrecht hat.¹⁴⁶⁹

Teils wird auf die Rechtslage zur GmbH abgestellt und entsprechend § 47 IV GmbHG dem Gesellschafter das Stimmrecht aufgrund des Verbots des Richtens in eigener Sache abgesprochen.¹⁴⁷⁰ In beiden Fällen stellt sich wiederum das Problem, ob es sich bei der Pfändung nun um einen wichtigen Grund handelt oder nicht. Dies kann jedoch auch an dieser Stelle offengelassen werden, da auch für die Einordnung der Pfändung als sonstiger, in der Person des Gesellschafters liegender Grund, parallel zur Rechtslage in der GmbH jedenfalls ein Wille der Parteien zum Ausschluss des Stimmrechts aus der satzungsrechtlichen Regelung entnommen werden kann.¹⁴⁷¹ Aus der Regelung des Ausschließungsgrundes kann somit auf ein konkludentes Stimmverbot geschlossen werden. Dies sollte allerdings auch hier aus Gründen der Rechtssicherheit deklaratorisch im Gesellschaftsvertrag verankert werden.¹⁴⁷²

dd) Zeitpunkt des Ausscheidens

Die Gesellschafter- und Beteiligungsparität ist grundsätzlich jedoch nur dann vollständig gegeben, wenn auch der Zeitpunkt, zu dem der Gesellschafter aus der GmbH oder KG ausscheidet, übereinstimmend geregelt werden kann.

(1) Rechtslage in der KG bei Ausschluss des Gesellschafters

Im Gegensatz zur Einziehung des GmbH-Anteils erlangt die Ausschließung des Gesellschafters mit Beschlussfassung und Mitteilung¹⁴⁷³ an den ausgeschlossenen Gesellschafter Wirksamkeit.¹⁴⁷⁴ Der Gesellschafter scheidet auch dann bereits mit der Mitteilung der Beschlussfassung aus der Gesellschaft aus, wenn er mittels Feststellungsklage die Richtigkeit der Entscheidung gerichtlich überprüfen lässt, da über die gesellschaftsvertragliche Zulassung eines Ausschließungsbeschlusses der Ausschluss gerade zeitlich vorverlagert werden soll, um nicht erst die sonst maßgebliche Rechtskraft des Ausschließungsurteils¹⁴⁷⁵ abwarten zu müssen.¹⁴⁷⁶ Dadurch wird

¹⁴⁶⁴ Vgl. hierzu oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79**.

¹⁴⁶⁵ Vgl. zur Begründung hierfür ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146** sowie vor allem **2. Kapitel: V.1.b)gg)(2)(a), S. 139**.

¹⁴⁶⁶ Vgl. zur Problematik von Abfindungsbeschränkungen ausführlich oben Fn. **1076**.

¹⁴⁶⁷ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 135 Rn. 20.

¹⁴⁶⁸ BGH, Urteil vom 3.2.1997, NJW-RR 1997, 925; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 30 i.V.m. 119 Rn. 8; *Binz*, GmbH & Co., § 8 Rn. 49; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 45; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 140 Rn. 6 i.V.m. § 119 Rn. 3.

¹⁴⁶⁹ Vgl. Wortlaut der Bestimmungen: Es wird immer auf die übrigen Gesellschafter abgestellt, *Heymann-Emmerich*, HGB, § 119 Rn. 21.

¹⁴⁷⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 8; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 119 Rn. 3.

¹⁴⁷¹ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103**.

¹⁴⁷² Dies hat jedoch nach ganz überwiegender Meinung nicht zur Folge, dass der betroffene Gesellschafter nicht auch anzuhören wäre, BGH, Urteil vom 26.2.1996, DB 1996, 1273 f. (zur Ausschließung aus der Genossenschaft); *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 140 Rn. 6; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 45; a. A. *Jauernig-Stürmer*, § 737 Rn. 9 (GbR); *MünchKomm-Ulmer*, § 737 Rn. 13 (GbR); vgl. zu den verbleibenden Rechten schon oben zur GmbH unter **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103**. Um Streitigkeiten vorzubeugen, sollte auch diesbezüglich eine Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.

¹⁴⁷³ Es bedarf also, wie im Falle der Einziehung [vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(2), S. 106**] einer, richtigerweise nicht abdingbaren, gestaltenden Erklärung, *Heymann-Emmerich*, HGB, § 140 Rn. 33; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 45; *Piehler*, DStR 1991, 716, 718; *Münchener Vertragshandbuch I-Riegger*, III.4 Anm. 15; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 140 Rn. 74.

¹⁴⁷⁴ In der GmbH kann dieses Ergebnis nur über die Vertragsgestaltung erreicht werden, indem der Zeitpunkt des Ausscheidens in der Satzung festgelegt wird, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119**.

¹⁴⁷⁵ *Heymann-Emmerich*, HGB, § 140 Rn. 28; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 140 Rn. 19; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 34; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 140 Rn. 65.

auch die Nachprüfbarkeit des Beschlusses nicht beeinträchtigt. Sollte sich die Unrichtigkeit des Beschlusses herausstellen, so haben die ausschließenden Gesellschafter auf eigene Gefahr gehandelt und sich eventuell schuldensatzpflichtig gemacht.¹⁴⁷⁷

Im Gegensatz zur Rechtslage im Falle der Einziehung ergibt sich grundsätzlich auch nichts anderes aus der Tatsache, dass ein Ausscheiden einen Abfindungsanspruch des betroffenen Gesellschafters nach sich zieht, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. 738 I 2 BGB.¹⁴⁷⁸ Es sind hier keine Kapitalerhaltungsbestimmungen vergleichbar §§ 19 II, 30 I GmbH zu beachten, die erhebliche Probleme im Hinblick auf die Abfindungszahlung zur Folge haben und letztlich dazu führen, dass die Wirkungen des Einziehungsbeschlusses grundsätzlich erst mit vollständiger Zahlung der Abfindung aus nicht gebundenem Vermögen der GmbH eintreten.¹⁴⁷⁹

Fraglich ist allerdings, wie sich die Tatsache auswirkt, dass es sich vorliegend um eine GmbH & Co. KG handelt. Für die GmbH gelten schließlich die Kapitalerhaltungsbestimmungen der §§ 30 ff. GmbHG. Zu klären ist, inwieweit eine Auszahlung aus dem Vermögen der KG an die Kommanditisten, die zugleich GmbH-Gesellschafter sind, einen Verstoß gegen § 30 I GmbHG darstellen kann.¹⁴⁸⁰ Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Auszahlung zugleich die Deckung des Stammkapitals der GmbH beeinträchtigen kann, was zu bejahen ist, wenn die Zahlung ohne Gegenleistung zur Stammkapitaldeckung erforderliches Gesellschaftsvermögen der GmbH angreift.¹⁴⁸¹ Nun wird dies freilich vor allem der Fall sein, wenn durch die Auszahlung der KG die Beteiligung der GmbH an der KG derart an Wert verliert, dass sie wertberichtigt werden muss, was bei der GmbH zu einer Unterbilanz führt bzw. eine solche vertieft.¹⁴⁸² Dies scheidet hier schon deshalb aus, weil die GmbH nicht am Vermögen der KG beteiligt ist.¹⁴⁸³ Die Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsbestimmungen ist allerdings nicht von der vermögensmäßigen Beteiligung der GmbH an der KG abhängig, da auch ohne eine solche bilanzielle Auswirkungen möglich sind. Denn den Rückstellungen für die Komplementärhaftung der GmbH nach §§ 161 II, 128 HGB steht bei einem Wertverfall der KG kein werthaltiger Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruch nach §§ 161 II, 110 HGB gegenüber, so dass die Vermögensüberschuldung auf die GmbH überzugehen droht.¹⁴⁸⁴

Es besteht somit auch beim Ausschluss aus der KG die Problematik, dass die Abfindungszahlung eventuell mit den Kapitalerhaltungsnormen des GmbHG kollidiert. Fraglich ist daher, wie sich dies auf die Wirksamkeit des Ausschlusses auswirkt, insbesondere, ob – wie im Falle der Einziehung¹⁴⁸⁵ – die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Ausschluss durch die vollständige Zahlung der Abfindung aufschiebend bedingt ist. Doch hinkt der Vergleich zur Einziehung. Dies erklärt sich aus der unterschiedlichen Struktur der Gesellschaftsformen. Während die Perso-

¹⁴⁷⁶ BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 32/59, BGHZ 31, 295, 301; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.5.1996, NJW-RR 1997, 169; Heymann-Emmerich, HGB, § 140 Rn. 33; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 140 Rn. 45.

¹⁴⁷⁷ BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 32/59, BGHZ 31, 295, 301 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.5.1996, NJW-RR 1997, 169. Es werden dadurch auch nicht schutzwürdige Interessen Dritter beeinträchtigt, da diese über § 15 HGB hinreichend geschützt werden, BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 32/59, BGHZ 31, 295, 300.

¹⁴⁷⁸ Vgl. zum Abfindungsanspruch sowie zu den Möglichkeiten seiner Beschränkung *Baumbach/Hopt*, HGB, § 140 Rn. 24 i.V.m. § 131 Rn. 48 ff.; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 140 Rn. 19 i.V.m. § 131 Rn. 31 ff.; *Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG*, § 31; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 140 Rn. 36 i.V.m. § 131 Rn. 63 ff.; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 140 Rn. 67 i.V.m. 138 Rn. 41 ff.; ausführlich vor allem *MünchHandbuchKG-Piebler*, §§ 39, 40; vgl. auch bereits oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(3), S. 108**, vor allem Fn. **1076**.

¹⁴⁷⁹ Wenn nicht schon bei Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht ohne Verstoß gegen die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsbestimmungen erfolgen kann, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(c), S. 113**. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Kapitalerhaltung nicht auch im Recht der KG große Bedeutung hat. Die Einlagenrückgewähr hat hier aber lediglich ein Wiederaufleben der Außenhaftung des Kommanditisten zur Folge gemäß §§ 172 IV, 171 I, 161 II, 128 HGB, freilich zeitlich begrenzt, §§ 161 II, 160 HGB, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 172 Rn. 6; *Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn*, HGB, § 172 Rn. 19 ff., 38.

¹⁴⁸⁰ Vgl. hierzu bereits oben Fn. **334**.

¹⁴⁸¹ BGH, Urteil vom 29.3.1973, BGHZ 60, 324, 328 f.; Urteil vom 27.9.1976, BGHZ 67, 171, 174; Urteil vom 29.9.1977, BGHZ 69, 274, 279; Urteil vom 24.3.1980, BGHZ 76, 326, 336; Urteil vom 8.7.1985, BGHZ 95, 188, 191; Urteil vom 19.2.1990, BGHZ 110, 342, 346; Urteil vom 27.3.1995, NJW 1995, 1960, 1961; OLG Celle, Urteil vom 3.6.1998, GmbHR 1998, 1131; *Michalski-Heidinger*, § 30 Rn. 102 f.; *Binz, GmbH & Co.*, § 14 Rn. 30; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 172 a Rn. 33; *Fleck*, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 391, 418; *Hachenburg-Goerdeler/Müller*, § 30 Rn. 83; *Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn.* 136; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 30 Rn. 22; *Lutter/Hommelhoff*, § 30 Rn. 46; *MünchHandbuchGmbH-Mayer/Fronhöfer*, § 51 Rn. 47; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 30 Rn. 71; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 172 a Rn. 17; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, §§ 171, 172 Rn. 132; *Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn*, HGB, § 172 Rn. 65; *Scholz-Westermann*, § 30 Rn. 39. Klassisches Beispiel für die Anwendung der §§ 30 ff. GmbHG auf die GmbH & Co. KG ist vor allem auch die Einheitsgesellschaft, vgl. hierzu unten **3. Kapitel: II.1, S. 229**.

Für die Frage der Gesellschafterstellung ist wiederum der Zeitpunkt der Begründung der Abfindungsverbindlichkeit maßgeblich, vgl. BGH, Urteil vom 29.9.1977, BGHZ 69, 274, 280 sowie ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(b)(bb), S. 110**.

Strittig ist allerdings, wer Gläubiger des Rückgewähranspruchs nach § 31 GmbHG ist. Die Rechtsprechung weist den Anspruch der KG zu, BGH, Urteil vom 29.9.1977, BGHZ 69, 274, 279; vgl. hierzu *Hachenburg-Goerdeler/Müller*, § 30 Rn. 83 i.V.m. § 31 Rn. 8; *Scholz-Westermann*, § 30 Rn. 39 i.V.m. § 31 Rn. 10.

¹⁴⁸² BGH, Urteil vom 29.3.1973, BGHZ 60, 324, 329; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 30 Rn. 74; *Hachenburg-Goerdeler/Müller*, § 30 Rn. 83; *Michalski-Heidinger*, § 30 Rn. 102; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 30 Rn. 22; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 30 Rn. 71; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 172 a Rn. 17.

¹⁴⁸³ Vgl. oben **2. Kapitel: I.3.c)cc(2), S. 25**.

¹⁴⁸⁴ BGH, Urteil vom 29.3.1973, BGHZ 60, 324, 329; Urteil vom 29.9.1977, BGHZ 69 274, 279; Urteil vom 24.3.1980, BGHZ 76, 326, 336; Urteil vom 8.7.1985, BGHZ 95, 188, 191; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 30 Rn. 75; *Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 172 Rn. 66; *Hachenburg-Goerdeler/Müller*, § 30 Rn. 83; *Michalski-Heidinger*, § 30 Rn. 103; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 30 Rn. 22; *Lutter/Hommelhoff*, § 30 Rn. 46; *MünchHandbuchGmbH-Mayer/Fronhöfer*, § 51 Rn. 47; *Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn*, HGB, § 172 Rn. 65; *Scholz-Westermann*, § 30 Rn. 39. Vgl. zu dieser „Schicksalsgemeinschaft“ auch unten **2. Kapitel: V.2.a)aa(5)(b)(bb), S. 157**.

Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn den Verbindlichkeiten werthaltige Freistellungsansprüche gegen die Kommanditisten gegenüber stehen, an die aufgrund der fehlenden Verlustbeteiligung der GmbH zu denken ist, *Binz, GmbH & Co.*, § 12 Rn. 19. Dies setzt jedoch im Hinblick auf § 167 HGB eine besondere Vereinbarung voraus, da ansonsten die Freistellung nur in den Grenzen des § 167 HGB greift, vgl. ausführlich oben **2. Kapitel: I.3.c)cc(2)(c)(bb), S. 28**.

¹⁴⁸⁵ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(3)(c)(bb), S. 113**.

nengesellschaftlichen Gesellschaften zur gesamten Hand sind, die auf einer vom Willen der Gesellschafter abhängigen Vertragsverbindung beruhen, handelt es sich bei der GmbH um eine juristische Person mit einem in Anteile zerlegten Grundkapital. Die Gesellschafter stehen hauptsächlich zur GmbH und weniger untereinander in Rechtsbeziehung. Der Ein- bzw. Austritt der Gesellschafter in die GmbH bzw. aus ihr hat somit zumindest keine direkten Auswirkungen auf das Entstehen bzw. Auflösen eines Geschäftsanteils, ganz im Gegensatz zur KG.¹⁴⁸⁶ Einen Ausschluss durch Vernichtung des Geschäftsanteils wie im Falle der Einziehung gibt es daher nicht. Maßgeblich ist vielmehr, eine Parallele zum Ausschluss aus der GmbH herzustellen. Hier entspricht es aber der ständigen Rechtsprechung, dass die Wirksamkeit des Ausschlusses unabhängig von der Abfindungszahlung ist.¹⁴⁸⁷ Es bleibt daher dabei, dass der Ausschluss aus der KG im Gegensatz zur Einziehung des GmbH-Anteils sofortige Wirkung erlangt.

Diese zeitliche Diskrepanz im Hinblick auf Einziehung und Ausschließung ist allerdings nur grundsätzlicher Natur und seit der Entscheidung des BGH vom 30.6.2003 von eher theoretischer Bedeutung, ist doch nunmehr die Möglichkeit anerkannt, in der Satzung der GmbH den Zeitpunkt festzulegen, zu dem der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden soll. Dies ist schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen.¹⁴⁸⁸ Die Harmonisierung ohne eine entsprechende Regelung gestaltet sich demgegenüber als äußerst kompliziert. Da die Einziehung dann aufschiebend bedingt wäre, würde ein Gleichlauf in beiden Gesellschaften voraussetzen, dass auch der Ausschluss aus der KG aufschiebend bedingt durch die Zahlung der Abfindung erfolgen kann. Es gilt jedoch zu beachten, dass Gestaltungsakte, die in die Rechtsstellung des Gesellschafters eingreifen, generell bedingungsfeindlich sind.¹⁴⁸⁹ So kann die Annahme einer aufschiebenden Bedingung des Einziehungsbeschlusses im GmbH-Recht dogmatisch nur damit gerechtfertigt werden, dass es sich dabei um eine Rechtsbedingung handelt, mit der nur die Voraussetzungen klargestellt werden, die sich ohnehin schon aus der gesetzlichen Bestimmung des § 34 III GmbHG ergeben.¹⁴⁹⁰ Da jedoch in der Konstellation einer GmbH & Co. KG die Kapitalerhaltungsbestimmungen der §§ 30 ff. GmbHG auch auf Zahlungen aus dem KG-Vermögen Anwendung finden, handelt es sich bei Aufnahme der Bedingung um eine derartige gesetzlichen Bedingung, so dass dadurch eine zeitliche Diskrepanz der Beteiligungs- und Gesellschafteridentität vermieden werden kann. Konsequenterweise muss dann aber entsprechend dem GmbH-Recht ein Ruhen der Rechte und Pflichten gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden.¹⁴⁹¹

Das Urteil des BGH vom 30.6.2003 hat somit weitreichende Auswirkung auch auf die Rechtslage in der GmbH & Co. KG und diesbezüglich ebenfalls zur Rechtssicherheit und vor allem zu einer erheblichen Vereinfachung der Vertragsgestaltung beigetragen.

(2) Rechtslage in der KG bei Abtretung

Es ergeben sich bei der Abtretung des Kommanditanteils normalerweise keine Probleme im Hinblick auf Kapitalerhaltungsbestimmungen, weil im Falle der Übertragung des Geschäftsanteils grundsätzlich nur der Erwerber des Anteils als Abfindungsschuldner in Betracht kommt, weil die §§ 161 II, 105 III HGB i.V.m. 738, 739 BGB, die eine Haftung der Gesellschaft begründen, keine Anwendung finden, der Erwerber vielmehr aus dem Grundgeschäft haftet.¹⁴⁹² Der Grund hierfür ist letztlich, dass der Geschäftsanteil nicht erloschen ist.¹⁴⁹³ Es stellt sich aber wie bei der Abtretung des GmbH-Anteils die Frage, ob sich nicht etwas anderes daraus ergibt, dass es sich um eine Zwangsabtretung handelt. Der Gesellschafter kann sich hier die Person des Abfindungsschuldners gerade nicht aussuchen und damit auch den Abfindungsanspruch nicht aushandeln. Er trägt daher das Risiko des Anteilsverlustes, ohne hierfür eine Abfindungszahlung zu erhalten. Es spricht daher auch hier viel für eine zumindest subsidiäre Haftung der Gesellschaft selbst, was wiederum die Problematik des § 30 I GmbHG aufwerfen würde. Dies sollte auch hier zugunsten einer Beschränkung der Haftung der GmbH auf die Übernahme einer Sicherheit für die Zahlungsverpflichtung des Erwerbers gelöst werden, freilich verbunden mit einer Ausschaltung des § 30 I GmbHG.¹⁴⁹⁴ Die Rechtslage läuft dann genau parallel zur GmbH. Der Geschäftsanteil geht mit Beschlussfassung über, so dass sich insoweit im Hinblick auf die Harmonisierung der Gesellschaftsverträge kein weiterer Gestaltungsbedarf ergibt.

¹⁴⁸⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 166 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a), vgl. bereits oben Fn. 513.

¹⁴⁸⁷ Vgl. hierzu – auch zur teilweise vertretenen Mindermeinung in der Literatur – **3. Kapitel: I.3.b), S. 202**.

¹⁴⁸⁸ DB 2003, 2058, vgl. ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119**.

¹⁴⁸⁹ Vgl. *MünchKomm-Westermann*, § 158 Rn. 28; *Soergel-Wolf*, § 158 Rn. 43.

¹⁴⁹⁰ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113**.

¹⁴⁹¹ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(aa), S. 118**. Es mag auf den ersten Blick merkwürdig erscheinen, zunächst eine aufschiebende Bedingung aufzunehmen, dann aber ein Ruhen der Rechte und Pflichten anzuordnen, was freilich die Frage aufwirft, warum man es nicht beim sofortigen Ausscheiden des Gesellschafters belässt. Grund für die hier gewählte Vertragsgestaltung ist, dass eben doch Unterschiede zwischen einem bloßen Ruhen und einem sofortigen Ausscheiden bestehen. Dies liegt daran, dass die Mitgesellschafter zumindest Grenzen durch die Treuepflicht gesetzt werden, vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(cc), S. 117**. Ein vollkommener Gleichlauf kann daher nur über die hier gewählte Vertragsgestaltung erreicht werden. Geht man dagegen mit der Mindermeinung zum GmbH-Recht davon aus, dass der Ausschluss durch die Abfindungszahlung aufschiebend bedingt ist, so schließt sich auch hier, wie für den Fall der Einziehung, die Frage an, ob die Rechte und Pflichten automatisch ruhen, oder, ob dies speziell vereinbart werden muss bzw. inwieweit der Zeitpunkt des Ausscheidens festgelegt werden kann, vgl. wiederum zum Ausschluss aus der GmbH unten **3. Kapitel: I.3.b), S. 202**.

¹⁴⁹² BGH, Urteil vom 20.10.1980, NJW 1981, 1095, 1096; Urteil vom 2.7.1990 – II ZR 139/89, BGHZ 112, 31, 36 f.; *Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong*, HGB, § 105 Rn. 169; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 109 Rn. 35; *MünchKomm-Ulmer*, § 738 Rn. 9. Vgl. zur Frage des Schuldners ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(a), S. 108**.

¹⁴⁹³ BGH, Urteil vom 2.7.1990 – II ZR 139/89, BGHZ 112, 31, 36.

¹⁴⁹⁴ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(f), S. 130**.

ee) Klauselvorschlag

In den Gesellschaftsvertrag der KG müsste in etwa folgende Klausel aufgenommen werden:

§ 16 Ausschließung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung den Ausschluss eines Gesellschafters beschließen, wenn
 - a) der betreffende Gesellschafter zustimmt
 - b) ein Gläubiger eines Gesellschafters Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Gesellschaftsanteil des Gesellschafters vornimmt und es den Inhabern des Gesellschaftsanteils nicht binnen 8 Wochen, spätestens bis zur Verwertung des Gesellschaftsanteils, gelungen ist, die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erreichen.
 - c) ein Gesellschafter seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt. Dies gilt nicht für die Komplementär-GmbH. Sie scheidet aus der Gesellschaft aus. § 25 Absatz 1 b) bleibt unberührt.
 - d) in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt
 - e) ...
 - f) ...
- (2) Der von der Gesellschafterversammlung beschlossene Ausschluss wird durch die Geschäftsführung mittels eingeschriebenen Briefs erklärt. Der Zugang der Erklärung hat den sofortigen Verlust der Gesellschafterstellung zur Folge.
- (3) Dem vom Ausschluss betroffenen Gesellschafter steht kein Stimmrecht zu. Das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung sowie das Recht, sich vor der Beschlussfassung zu äußern, bleiben unberührt.
- (4) Steht ein Gesellschaftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu, ist der Ausschluss gemäß Absatz 1 b) bis...auch dann zulässig, wenn die Ausschlussvoraussetzungen nur in der Person eine Mitberechtigten vorliegen.
- (5) Soweit der Ausschluss eines Gesellschafters gemäß Absatz 1 zulässig ist, ist die Gesellschafterversammlung unwiderruflich ermächtigt, stattdessen die Übertragung des Gesellschaftsanteils oder von Teilen davon auf Mitgesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung oder einem anderen von den übernehmenden Mitgesellschaftern gewünschten Verhältnis, oder auf einen Dritten beschließen. Absätze 3 und 4 finden entsprechende Anwendung. § 14 gilt mit Ausnahme dessen Absatz 3, soweit er etwaige darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse enthält. Die Abtretung an einen an der Beschlussfassung nicht beteiligten Erwerber wird erst wirksam, wenn der Erwerber das in dem Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot annimmt. Die Mitgesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger trifft bei Abtretung des Gesellschaftsanteils an sie eine Übernahmepflicht.
- (6) Dem von der Ausschließung oder Abtretung betroffenen Gesellschafter steht eine auf den Ausschließungs-/Abtretungstichtag zu ermittelnde Abfindung zu. Bei Abtretung des Gesellschaftsanteils an die Mitgesellschafter oder einen Dritten wird die Abfindung vom Erwerber bzw. dessen Rechtsnachfolgern geschuldet. Der Anspruch steht der KG zu und richtet sich auf Zahlung der Abfindung an den ausgeschlossenen Gesellschafter. Die KG haftet für die Zahlung der Abfindung durch den Erwerber wie ein Bürge. § 30 GmbHG bleibt unberührt. ... (genaue Regelung der Abfindung mit Abfindungsbeschränkungen etc.)¹⁴⁹⁵

2. Insolvenz eines Gesellschafters

a) Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG

aa) Rechtslage in der KG

(1) Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 27 InsO

Die Situation im Hinblick auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegenüber einem Gesellschafter der KG ist vergleichbar mit der Situation der Kündigung nach §§ 135, 161 II HGB durch einen Gesellschaftergläubiger infolge Pfändung des Gesellschaftsanteils. Der Gesellschafter scheidet grundsätzlich aus der Gesellschaft nach §§ 131 III 1 Nr. 2, 161 II HGB aus,¹⁴⁹⁶ wenn der Eröffnungsbeschluss wirksam wird, mithin mit dessen Rechtskraft, §§ 27, 34 II InsO.¹⁴⁹⁷ Der Gesellschaftsanteil wächst dabei automatisch den verbleibenden Gesellschaftern anteilig, entsprechend dem bisherigen Verhältnissen, an. Eines besonderen Übertragungsaktes bedarf es

¹⁴⁹⁵ Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, § III.4, § 17 II.

¹⁴⁹⁶ Dies war nach der früheren Rechtslage noch anders. Nach § 131 Nr. 5 HGB a. F. führte die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters noch zur Auflösung der Gesellschaft, BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 181; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 22; Anh. § 177 a Rn. 45; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 46; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 36.

¹⁴⁹⁷ *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 24 zu § 131 Nr. 5 HGB a. F.; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 131 Rn. 23; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 49.

nicht, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 1 BGB.¹⁴⁹⁸ Ein etwaiger Abfindungsanspruch des Gesellschafters nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 BGB und nicht der Gesellschaftsanteil fällt dann in die Insolvenzmasse nach § 35 InsO.¹⁴⁹⁹ Es ist Aufgabe des Insolvenzverwalters, diesen Anspruch geltend zu machen, § 80 InsO.¹⁵⁰⁰ Dies geschieht außerhalb des Insolvenzverfahrens nach § 84 I 1 InsO, da es infolge des Ausscheidens des insolventen Gesellschafters zu einer Teilauseinandersetzung mit den Mitgesellschaftern nach §§ 161 II, 105 III HGB, 738 BGB kommt, mithin auch die Mitgesellschafter betroffen sind und daher genau die Situation des § 84 I 1 InsO gegeben ist.¹⁵⁰¹

(2) Relevanz der Kommanditisteninsolvenz

Streitig ist allerdings im Rahmen einer KG, ob diese Rechtsfolge nur für die Insolvenz der persönlich haftenden Gesellschafter eintritt, nicht dagegen auch für die Kommanditisten. Die hierzu vertretenen Meinungen entscheiden sich zumeist ohne jegliche Begründung für die eine oder die andere Auffassung.¹⁵⁰² Es lassen sich sicherlich für beide Ansichten Argumente finden. Für eine Beschränkung auf die persönlich haftenden Gesellschafter spricht, dass es in der OHG, dem primären Anwendungsbereich der Bestimmung, nur solche gibt. In der KG haftet nur der Komplementär den Gläubigern unbeschränkt, während der Kommanditist nach der Einlageleistung grundsätzlich nicht mehr über die Haftsumme¹⁵⁰³ hinaus in Anspruch genommen werden kann, vgl. § 171 I HGB. Andererseits verweist die Bestimmung des § 161 II HGB uneingeschränkt auch auf § 131 III 1 Nr. 2 HGB. Letztlich muss die Frage nicht abschließend geklärt werden. Es ist Sache des Kautelarjuristen, mögliche Probleme bereits im Vorfeld im Wege der Vertragsgestaltung in die gewünschten Bahnen zu lenken. Dies gelingt nur, wenn sämtliche Möglichkeiten in Betracht gezogen werden. In die Überlegungen muss daher einbezogen werden, dass auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Kommanditisten die Rechtsfolge der §§ 161 II iVm. 131 III 1 Nr. 2 HGB greift.

(3) Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens, §§ 315 ff. InsO

Fraglich ist, ob auch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens nach §§ 315 ff. InsO, § 1975 BGB über das Vermögen eines verstorbenen Gesellschafters der Insolvenz des Gesellschafters selbst mit der Rechtsfolge des Ausscheidens des Gesellschafters nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB gleichsteht.¹⁵⁰⁴ Nach der früheren Rechtsprechung war der Nachlasskonkurs dem Konkurs des Gesellschafters nicht gleichzustellen. Grund hierfür war die Einordnung des Gesellschaftsanteils als nicht in den Nachlass fallend. Dem Nachlass seien nur die übertragbaren Gewinn und Auseinandersetzungsansprüche zuzuordnen. Dem Konkursverwalter blieb nach dieser Auffassung nur die Möglichkeit, entsprechend § 135 HGB die Gesellschaft zu kündigen, um an die Ansprüche zu gelangen, während der Erbe diese Folge durch Zahlung eines entsprechenden Betrages aus seinem Privatvermögen abwehren konnte.¹⁵⁰⁵

Eine differenzierte Behandlung der Nachlassinsolvenz war schon nach der alten Rechtslage, jedenfalls über die Argumentation der fehlenden Nachlasszugehörigkeit, nicht gerechtfertigt, da nach richtigem Verständnis die Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlass kaum mehr zu bezweifeln ist. Die Begründung des BGH ba-

¹⁴⁹⁸ H.M. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 39; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 135 Rn. 20 i.V.m. § 131 Rn. 56; vgl. hierzu ausführlich oben Fn. 800.

¹⁴⁹⁹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 38; *Gottwald-Haas*, § 94 Rn. 83; *Häsemeyer* Rn. 9.18; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 49; *MünchKommInsO-Lwowski*, § 35 Rn. 201; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.3.a); *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, InsO, § 11 Rn. 254. Vgl. zur umstrittenen Frage, was genau in die Insolvenzmasse fällt, wenn der Gesellschafter nicht aus der Gesellschaft ausscheidet, ausführlich *Häsemeyer* Rn.9.18 a, Fn. 58; *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, InsO, § 35 Rn. 104; vgl. für den Fall der Pfändung als Einzelzwangsvollstreckung BGH, Urteil vom 21.4.1986, BGHZ 97, 392, 394; *MünchKomm-Ulmer*, § 725 Rn. 7 ff. sowie oben Fn. 795.

¹⁵⁰⁰ *Häsemeyer* Rn. 9.18 a; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 49; *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, InsO, § 11 Rn. 254.

¹⁵⁰¹ *Häsemeyer* Rn. 9.18 a; *Kübler/Prütting-Lüke*, InsO, § 84 Rn. 29. Die Bestimmung wurde erforderlich, weil es wegen der bestehenden, durch das Insolvenzverfahren nicht entziehbaren Berechtigung der übrigen Gesellschafter einer rechtlichen Möglichkeit bedarf, den Wert der Beteiligung des Insolvenzschuldners nutzbar zu machen, da nach §§ 35, 47 InsO nur das dem Schuldner rechtlich zugeordnete Vermögen haftet, *Kübler/Prütting-Lüke*, InsO, § 84 Rn. 2. Wegen der nunmehr überwiegend angenommenen rechtlichen Verselbständigung auch der Personengesellschaften, hat die Bestimmung des § 84 InsO aber insoweit mehr deklaratorische als materiellrechtliche Wirkung, wofür die fehlende Einbeziehung juristischer Personen spricht, bei denen aufgrund ihrer Verselbständigung klar ist, dass das Ausscheiden des insolventen Mitglieds außerhalb der Insolvenzbestimmungen erfolgt, so dass eine Regelung, wie sie § 84 InsO beinhaltet, nicht erforderlich ist, *Uhlenbruck-Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 84 Rn. 1. Vgl. zur Tatsache der Teilauseinandersetzung ausführlich *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 IV.1.

¹⁵⁰² In diesem, einschränkenden Sinne, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 22; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 46; a. A. *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 a. F. Rn. 23 a; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 131 Rn. 23; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 17.

¹⁵⁰³ Die Haftsumme (Außenverhältnis) muss von der Pflichteinlage im Innenverhältnis abgegrenzt werden, vgl. hierzu *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rn. 1.

¹⁵⁰⁴ Diese Frage wird bei der hier zu diskutierenden echten GmbH & Co. KG, vgl. oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5, nur dann relevant, wenn man auch die Kommanditisten von der Regelung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB erfasst sieht, da es sich nur bei diesen um natürliche Personen handelt.

¹⁵⁰⁵ BGH, Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 136 f.; es ging bereits in dieser Entscheidung nur mittelbar um den alten Auflösungsstatbestand des § 131 Nr. 5 HGB a. F., in erster Linie aber um die gesellschaftsvertraglich eingeräumte Möglichkeit, einen in Konkurs gefallenen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, im Ergebnis also um eine dem jetzigen § 131 III 1 Nr. 2 HGB entsprechende Regelung; der Rechtsprechung zustimmend *MünchHandbuchGbR-Butzer*, § 76 Rn. 26; *Stodolkowitz*, in FS Kellermann, S. 439, 454.

siert somit auf einer unrichtigen und überholten Vorstellung.¹⁵⁰⁶ Dies gilt erst recht für den neuen Ausscheidens-tatbestand des § 131 III 1 Nr. 2 HGB. Wenn auch die Nachlasszugehörigkeit weitgehend anerkannt ist, so wird teils dennoch die Einordnung in § 131 Nr. 5 HGB a. F. bzw. § 131 III 1 Nr. 2 HGB mit der Begründung abgelehnt, dass die Nachlassinsolvenz im Gegensatz zur Gesellschafterinsolvenz nicht das gesamte Vermögen des Gesellschafters betreffe. Dem Gesellschafter müsse daher die Möglichkeit verbleiben, durch Zahlung aus seinem übrigen, von der Nachlassinsolvenz nicht erfassten, Vermögen, den Gesellschaftsanteil aus der Insolvenzmasse auszulösen.¹⁵⁰⁷ Dem Insolvenzverwalter stehe die Möglichkeit analog § 135 HGB offen, um auf den Vermögenswert der Beteiligung zugreifen zu können.¹⁵⁰⁸

Dem kann allerdings nicht gefolgt werden, so dass auch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zum Ausscheiden des Gesellschafters führt. Die Begründung ist darin zu sehen, dass es nicht auf die Vermögenslage des Erben ankommt, sondern vielmehr darauf, dass Sinn und Zweck der Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB der Schutz der Mitgesellschafter vor einer Einwirkung des Insolvenzverwalters ist. Es geht um ihr Interesse, den von der Nachlassinsolvenz erfassten Gesellschaftsanteil im Wege der Abfindung zu beseitigen. Die Mitgesellschafter wollen mit dem Insolvenzverwalter allenfalls im Hinblick auf die Abfindung zu tun haben, sich dagegen nicht über die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten streiten.¹⁵⁰⁹ Diesem Interesse wird es nicht gerecht, wenn man dem Insolvenzverwalter analog § 135 HGB ein Recht zum Austritt durch Kündigung gibt. Konsequenterweise muss daher auch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters führen,¹⁵¹⁰ da in diesem Falle der Nachlass Insolvenzmasse ist¹⁵¹¹ und der Gesellschaftsanteil Nachlassbestandteil. Offenbleiben¹⁵¹² kann dagegen, ob es sich dabei um einen Fall der direkten Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB handelt oder, wegen des engen Wortlauts der Bestimmung, der analogen.¹⁵¹³

Letztlich wird auf diese Weise das Ergebnis erzielt, das auch dem BGH vorschwebte. Da der Gesellschaftsanteil mit der Verfahrenseröffnung erlischt, fällt nur noch das Auseinandersetzungsguthaben in die Insolvenzmasse, so dass die Befugnisse des Insolvenzverwalters nur noch die Vermögensrechte aus dem Anteil erfassen.¹⁵¹⁴ Dem betroffenen Gesellschafter ist allerdings ein Anspruch auf Wiederaufnahme einzuräumen, wenn er die Beteiligung durch Zahlung aus seinem Privatvermögen auslöst.¹⁵¹⁵

(4) Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse, § 26 InsO

Die Ablehnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters führt dagegen nach h. M. nicht die Rechtsfolge seines Ausscheidens aus der Gesellschaft herbei. Dies gilt auch dann, wenn die Ablehnung mangels Masse erfolgt, § 26 I InsO.¹⁵¹⁶ Der Gläubiger sei jedoch auch in diesem Fall nicht schutzlos gestellt, da nach wie vor die Möglichkeit besteht, nach Pfändung des Gesellschaftsanteils die Gesellschaft zu kündigen nach § 135, da Masselosigkeit nicht dasselbe sei wie Vermögenslosigkeit.¹⁵¹⁷

Es ist jedoch verfehlt, davon auszugehen, die Ablehnung des Insolvenzverfahrens habe keine Auswirkungen auf die KG. Es ist zum einen zu berücksichtigen, dass für den Fall, dass das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Komplementär-GmbH mangels Masse nach § 26 I InsO abgelehnt wird, dies mit Rechtskraft des Ablehnungsbeschlusses¹⁵¹⁸ ihre Auflösung nach § 60 I Nr. 5 GmbH zur Folge hat. Nach der hier vertretenen Auffassung hat dies zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Auflösung auch der KG. Die erforderliche Verknüp-

¹⁵⁰⁶ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.3.b); vgl. zur Frage der Nachlasszugehörigkeit ausführlich unten **2. Kapitel: VI.2.a)bb)(1), S. 188**.

¹⁵⁰⁷ *Flume*, NJW 1988, 161, 162; ders., ZHR 155 (1991), 501, 507; *Staudinger-Habermeier*, § 728 Rn. 20; *Soergel-Hadding*, § 728 Rn. 4; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 47; *Stodolkowitz*, in FS Kellermann, S. 439, 454; *MünchKomm-Ulmer*, § 728 Rn. 6; *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413, 438.

¹⁵⁰⁸ Vgl. zur entsprechenden Anwendung, die nach der Gegenauffassung erforderlich wird *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 47 i.V.m. § 135 Rn. 6, § 139 Rn. 94 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 137.

¹⁵⁰⁹ Dies gilt umso mehr im Falle der Nachlassinsolvenz als im Falle der Privatinsolvenz eines Gesellschafters, da die Nachlassinsolvenz mit Sicherheit zur Nachlassverwertung und nicht zur Restschuldbefreiung führt, *Karsten Schmidt*, in FS Uhlenbruck, 655, 666.

¹⁵¹⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 22; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 23 a; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 22; *Staudinger-Keßler*, 12. A., § 728 Rn. 4; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 131 Rn. 23; *Raddatz*, Nachlasszugehörigkeit, S. 154; *Nerlich/Römermann-Riering*, § 315 Rn. 43; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 19; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. A., § 52 III.5.c); ders., Gesellschaftsrecht, § 50 II.3.b); ders., in FS Uhlenbruck, 655, 666; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 40.

¹⁵¹¹ Vgl. *Kübler/Prütting-Kemper*, InsO, § 315 Rn. 11.

¹⁵¹² *Karsten Schmidt*, in FS Uhlenbruck, 655, 666.

¹⁵¹³ In diesem Sinne *Kübler/Prütting-Kemper*, InsO, § 315 Rn. 20.

¹⁵¹⁴ *Karsten Schmidt*, in FS Kellermann, S. 655, 666.

¹⁵¹⁵ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 22, der allerdings etwas unklar formuliert, der Gesellschafter könne von seinen Mitgesellschaftern das Verbleiben in der Gesellschaft verlangen; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 19; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. A., § 52 III.5.c) zu § 131 Nr. 5 HGB a. F., der daher noch davon spricht, dass der Gesellschafter die Fortsetzung und sein Verbleiben in der Gesellschaft verlangen kann.

¹⁵¹⁶ BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 181; Urteil vom 24.10.1985, BGHZ 96, 151, 154; Urteil vom 13.3.1989, NJW-RR 1989, 993, 995; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 22; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 21; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 131 Rn. 23; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 48; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 131 Rn. 125; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 584; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 18; kritisch bereits *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1501; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 38.

¹⁵¹⁷ *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 48. Aufgrund der Tatsache, dass diese Pfändung meist schon erfolgt sein wird, hält *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 38 diesen Fall kaum für praktisch relevant; von dieser Auffassung ist er aber wohl nunmehr abgerückt, vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 50 II.4.c), hierzu sogleich. Vgl. zur Problematik der Kündigung der Gesellschaft seitens eines Privatgläubigers ausführlich oben **2. Kapitel: V.1, S. 79**.

¹⁵¹⁸ Vgl. § 34 I InsO.

fung wird allerdings – auch ohne Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB – über die Aufnahme eines eigenen Auflösungsstatbestandes in den Gesellschaftsvertrag der KG hergestellt, nach dem bereits die Auflösung der GmbH die Auflösung der KG zur Folge hat.¹⁵¹⁹

Etwas anderes folgt auch nicht für den Fall, dass ein Kommanditist betroffen ist. Es muss wiederum auf den Sinn und Zweck der Regelung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB abgestellt werden.¹⁵²⁰ Würde hier der Gesellschaftsvertrag keine Regelung treffen, so müssten die Mitgesellschafter den Gesellschafter in der Gesellschaft dulden, da – mangels Masse – auch nicht davon auszugehen ist, dass der Gesellschaftergläubiger von seinem Recht nach § 135 HGB Gebrauch macht. Sinn und Zweck der Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB ist es aber doch gerade, dass sich die Mitgesellschafter mit dem insolventen Gesellschafter nicht länger auseinandersetzen müssen, sondern sich von diesem im Wege der Abfindungszahlung trennen können. Sie auf die Möglichkeit des Gesellschafterausschlusses zu verweisen, wird der Interessenlage nicht gerecht. Der Gesellschafter muss somit aufgrund der mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergleichbaren Interessenlage mit Rechtskraft des ablehnenden Beschlusses nach § 26 InsO ipso iure aus der Gesellschaft ausscheiden.¹⁵²¹

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte aber auf alle Fälle eine Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, nach der auch bei Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse nach § 26 I InsO, der betroffene Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, wenngleich dies nach der hier vertretenen Meinung rein deklaratorischen Charakter hat.¹⁵²²

(5) Teleologische Reduktion des § 131 III 1 Nr. 2 HGB bei Doppelsolvenz von GmbH und KG¹⁵²³

(a) Gesetzliche Rechtslage

Innerhalb einer GmbH & Co. KG sind die Komplementär-GmbH und die KG insolvenzrechtlich strikt zu trennen.¹⁵²⁴ So hat weder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG noch über das Vermögen der GmbH ipso iure die Auflösung der jeweils anderen Gesellschaft zur Folge. Es gilt ein striktes Trennungs-

¹⁵¹⁹ Es wird somit dieselbe Rechtsfolge erreicht wie bei einer Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB, da das Ausscheiden des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters ebenfalls zur Auflösung der Gesellschaft führt. Ein Unterschied besteht allerdings insoweit als es bei Ausscheiden der GmbH und folgender Auflösung der KG zu einer Kommanditistengesellschaft in Liquidation kommt, während bei Aufnahme eines eigenen Auflösungsstatbestandes in den Gesellschaftsvertrag die GmbH an der Liquidation teilnimmt. Vgl. zur Problematik der Auswirkungen der Auflösung der Komplementär-GmbH auf die Auflösung der KG ausführlich unten **3. Kapitel: I.4.a)bb), S. 212**; vgl. ausführlich zur Problematik des Wegfalls des einzigen Komplementärs unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210**. Ist die GmbH tatsächlich vermögenslos, so ist sie mit Löschung (§§ 61 I Nr. 7 GmbHG, 141 a FGG, hierzu auch Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 105) vollbeendet, vgl. unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(1), S. 205**, was wegen des Wegfalls des einzigen Komplementärs die Auflösung der KG zur Folge hat, vgl. unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210**.

Genau genommen stellt sich das Problem in dieser Gestalt nur im Falle einer Sukzessivinsolvenz, eine solche ist jedoch gerade für die hier relevante echte GmbH & Co. KG nicht denkbar, bilden KG und Komplementär-GmbH doch eine Art „Schicksalsgemeinschaft“, vgl. §§ 161 II, 131 II 1 Nr. 1 HGB, vgl. auch Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 105. Hier geht es dann gerade darum, ein Ausscheiden zu vermeiden, vgl. hierzu ausführlich sogleich unten für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(b), S. 156**. Die hier diskutierte Problematik stellt sich dann nur für die Ablehnung des Insolvenzverfahrens eines Kommanditisten mangels Masse. Als theoretisch stellt sich die Problematik freilich dar, wenn auch die KG vermögenslos und damit vollbeendet sein wird, vgl. unten **3. Kapitel: I.4.b)bb), S. 218**.

Da aber der Tatbestand des § 26 InsO für beide Gesellschaften getrennt zu prüfen ist, kommt es ohnehin häufig dazu, dass zwar das Insolvenzverfahren hinsichtlich der GmbH abgelehnt wird, dasjenige der KG aber eröffnet wird, da die Masselosigkeit in aller Regel nicht auf Vermögenslosigkeit, sondern lediglich auf dem Fehlen einer liquiden Masse beruht und sich das Unternehmensvermögen bei der KG befindet, vgl. BGH, Urteil vom 19.2.1990, BGHZ 110, 342, 344 f.; Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 105; ders. GmbHR 2002, 1209, 1212 f. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang jedoch, ob dies nicht unzulässig ist vor dem Hintergrund, dass doch die GmbH im Rahmen der typischen GmbH & Co. KG eigentlich einen Anspruch auf Ersatz ihrer, letztlich durch die Komplementär-Tätigkeit verursachten, Verfahrenskosten der GmbH-Insolvenz nach § 110 HGB hat, vgl. hierzu unten Fn. **1587**. Durch einen Massekostenvorschuss nach § 26 I 2 InsO müsste dann die Eröffnung des GmbH-Insolvenzverfahrens notfalls mit Mitteln der KG-Masse (§ 55 I Nr. 1 InsO) herbeigeführt werden, vgl. Braun-Kroth, InsO, § 93 Rn. 36. Jede KG-Insolvenz würde dann in ein koordiniertes Doppel-Insolvenzverfahren führen, Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1213. Dies würde zwar in der Tat zu einer Koordination der Abwicklung beider Gesellschaften führen und das Simultaninsolvenzverfahren perfektionieren, doch stehen dem große Bedenken entgegen. Zum einen hängt über der Begründung von Masseverbindlichkeiten nach § 55 I Nr. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter der KG das Damoklesschwert der Verwalterhaftung nach § 60 InsO. Es besteht aber vor allem kein Bedarf für eine GmbH-Insolvenz. Für die Gleichbehandlung der Unternehmensgläubiger genügt die Eröffnung des KG-Insolvenzverfahrens, da bereits dadurch die Gläubiger von einem unmittelbaren Zugriff auf das Vermögen der Komplementär-GmbH ausgeschlossen sind, § 93 InsO. Es könnte die Eröffnung der Insolvenz auch über das GmbH-Vermögen also nur dazu dienen, eine den Insolvenzrechtsregeln entsprechende Abwicklung der Komplementär-GmbH und eine Gleichbehandlung etwaiger Eigengläubiger der GmbH mit solchen der KG zu erreichen. Eigengläubiger sind jedoch bei der auf die Komplementärtätigkeiten beschränkte GmbH in einer echten GmbH & Co. KG gerade nicht vorhanden [vgl. oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5**], Scholz-Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1213. Alles andere liefe letztlich auf die Aufgabe des Trennungsprinzips hinsichtlich der Insolvenzen von KG und Komplementär-GmbH hinaus. Es bleibt somit dabei, dass die GmbH nach § 60 I Nr. 5 GmbHG aufgelöst ist, aber Komplementärin der KG bleibt, Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 105; ders., GmbHR 2002, 1209, 1213. Es kommt dann wie im Falle der Simultaninsolvenz zu keinem Ausscheiden – Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1213 sowie unten **2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(b)(bb), S. 157**. Der Anspruch auf Erstattung der Insolvenzkosten ist dann im Insolvenzverfahren der KG nur Insolvenzforderung, § 38 InsO, Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1213.

¹⁵²⁰ Vgl. schon oben **2. Kapitel: V.2.a)aa)(3), S. 153**.

¹⁵²¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 II.3.c); vgl. zum Gesellschafterausschluss oben **2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146**.

¹⁵²² Die Ausscheidensgründe des § 131 III 1 HGB sind nicht abschließend, wie sich schon aus § 131 III 1 Nr. 5 HGB ergibt, Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 82 i.V.m. Rn. 25 [auch zu den Grenzen; hierzu auch oben **2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146**]; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 5.

¹⁵²³ Vgl. zur Rechtsfigur der teleologischen Reduktion, insbesondere auch im Hinblick auf die Abgrenzung zur restriktiven Auslegung ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140**.

¹⁵²⁴ Die Insolvenzfähigkeit der GmbH & Co. KG ist trotz ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit gegeben, § 11 II Nr. 1 InsO.

prinzip.¹⁵²⁵ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen beider Gesellschaften führt zu deren Auflösung nach § 60 I Nr. 4 GmbHG bzw. §§ 161 II, 131 I Nr. 3 HGB. Daneben hat jedoch nach den Bestimmungen der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 2 HGB die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH als Komplementärin der KG eigentlich deren Ausscheiden aus der KG zur Folge. Man muss sich im Folgenden die Frage stellen, ob die Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB nicht in besonderen Fällen zu untragbaren Ergebnissen führt, mit anderen Worten, ob diese Bestimmung im Einzelfall trotz grundsätzlicher Einschlägigkeit keine Anwendung finden darf.

Von der überwiegenden Meinung wird die Bestimmung undifferenziert auch auf die GmbH & Co. KG angewendet.¹⁵²⁶ Dies hätte zur Folge, dass sowohl die KG als auch die GmbH als unverbundene Handelsgesellschaften abzuwickeln wären. Die KG wäre dabei neben § 131 I Nr. 3 HGB auch aufgrund der Tatsache aufgelöst, dass mit dem Ausscheiden der GmbH nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB der einzige persönlich haftende Gesellschafter wegfällt, da es schon aufgrund des Rechtsformzwangs keine KG ohne Komplementär geben kann, § 161 I HGB.¹⁵²⁷

(b) Nichtanwendbarkeit der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 2 HGB im Falle der Simultaninsolvenz

Im Ausgangspunkt ist sicherlich der h. M. zu folgen. Auch für eine GmbH & Co. KG greift im Falle der Gesellschafterinsolvenz über § 161 II HGB die Bestimmungen des 131 III 1 Nr. 2 HGB.¹⁵²⁸ Die Anwendung dieser Bestimmung muss jedoch im Einzelfall hinterfragt werden und darf nicht pauschal erfolgen. Es gilt die Besonderheit zu beachten, dass die Doppelinsolvenz von KG und Komplementär-GmbH ungelöste Koordinationsprobleme schafft. Man muss sich vielmehr im Einzelfall die Frage stellen, ob die Rechtsfolge des § 131 III 1 Nr. 2 HGB, nämlich das Ausscheiden des Komplementärs mit der Folge, dass in die Insolvenzmasse nur noch dessen Abfindungsanspruch fällt, jedoch nicht mehr der Anteil an der Gesellschaft als solcher, dem Sinn und Zweck der Bestimmung gerecht wird. Der Sinn und Zweck besteht darin, die wirtschaftlich sinnlose Liquidation florierender Unternehmen zu vermeiden. Die Gesetzesbegründung spricht von einem Übergang der Personen- zur Unternehmenskontinuität, der dem gewandelten Verständnis unternehmerisch tätiger Gesellschaften entspricht und dem die Kautelarpraxis bereits zu § 131 HGB a. F. Rechnung getragen hat.¹⁵²⁹ Die Personenhandelsgesellschaft ist zwar keine juristische Person. Sie stellt aber dennoch eine mit eigener Zuständigkeit ausgestattete Wirkungseinheit dar, die zwar aus den Gesellschaftern besteht, aber als Personenverband selbst am Rechtsverkehr teilnimmt.¹⁵³⁰ Aus diesem Verständnis heraus war die Neuregelung des § 131 HGB erforderlich, die in konsequenter Weiterführung dieser Auffassung Gründen in der Person eines einzelnen Gesellschafters keinen unmittelbaren Einfluss mehr auf den Bestand der Gesellschaft selbst einräumt.¹⁵³¹

Aus dem eben geschilderten Sinn und Zweck der Neuregelung des § 131 HGB ergibt sich denknötwendig eine Differenzierung, die sich danach richtet, ob im Einzelfall das Ausscheiden der Komplementär-GmbH nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen dem gesetzgeberischen Ziel gerecht wird.

(aa) Sukzessivinsolvenz

Aus dieser Überlegung folgt wiederum, dass dabei in zeitlicher Hinsicht differenziert werden muss. Wird nur das Insolvenzverfahren bezüglich der GmbH beantragt – *Karsten Schmidt* spricht in diesem Fall von einer so genannten Sukzessivinsolvenz der Gesellschaften¹⁵³² – so steht der Anwendbarkeit des § 131 III 1 Nr. 2 HGB auch im Rahmen der GmbH & Co. KG nichts entgegen. Rechtsfolge ist die Auflösung der GmbH nach § 60 I Nr. 4 GmbHG und das Ausscheiden aus der KG. Diese ist wiederum aufgrund Wegfalls des einzigen Komplementärs aufgelöst.¹⁵³³ Die Gesellschaft kann aber als KG fortgeführt werden. Die Fortsetzung als KG steht natürlich unter der Prämisse, dass ein neuer Komplementär aufgenommen wird.¹⁵³⁴

¹⁵²⁵ *Binz, GmbH & Co.*, § 12 Rn. 7; *Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co.* Rn. 691; *Kübler/Prütting/Noack* Rn. 550; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB*, § 131 Rn. 23; *Michalski-Nerlich*, § 60 Rn. 217; *Schlitt, NZG* 1998, 701, 702; *Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG*, § 48 Rn. 5; *Karsten Schmidt, GmbHR* 2002, 1209, 1211; *Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 94*; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Schmidt-Leithoff*, § 63 Rn. 148; *Hachenburg-Ulmer*, § 63 Rn. 128. Vgl. zu den jeweils einschlägigen Bestimmungen *Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB*, § 177 a Anh. A Rn. 232.

¹⁵²⁶ *Baumbach/Hopt, HGB, Anh.* § 177 Rn. 45; *Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB*, § 177 a Anh. A Rn. 233; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB*, § 131 Rn. 46; *Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG*, § 29 Rn. 25 ff.; kritisch bereits *Karsten Schmidt, ZIP* 1997, 909, 917.

¹⁵²⁷ *Karsten Schmidt, GmbHR* 2002, 1209, 1213. Vgl. zur Problematik der Auswirkungen des Wegfalls des einzigen Komplementärs auf den Bestand der KG ausführlich unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210**.

¹⁵²⁸ *Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 110*.

¹⁵²⁹ Vgl. Begründung RegE HRefG, BT-Ds. 13/8444, S. 41 f.

¹⁵³⁰ *Flume, Personengesellschaft*, § 5, S. 68 ff.; *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 130; ders., *AcP* 198 (1998), 113 ff.; grundlegend vor allem *Flume, ZHR* 136 (1972), 177 ff.

¹⁵³¹ *Baumbach/Hopt, HGB*, § 131 Rn. 1; *Habersack, Reform des Handelsstandes*, S. 73, 84 f.; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB*, § 131 Rn. 3. Vgl. allgemein zur Kritik an der Neuregelung des § 131 HGB *Lamprecht, ZIP* 1997, 919 ff.; *Karsten Schmidt, ZIP* 1997, 909, 917 ff.; ders., *DB* 1998, 61, 63 ff.; ders., *NJW* 1998, 2161, 2166; *Wiedemann*, in *Gedächtnisschrift Lüderitz*, S. 839 ff.

¹⁵³² *Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 117*.

¹⁵³³ Vgl. ausführlich zur Problematik des Wegfalls des einzigen Komplementärs unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210**.

¹⁵³⁴ Vgl. hierzu ausführlich unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5)(c), S. 211**.

Auch die spätere Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG, die nach § 131 I Nr. 3 HGB zur Auflösung der KG führt,¹⁵³⁵ ändert grundsätzlich nichts an der Tatsache, dass – sozusagen für die Zwischenzeit – das Ausscheiden der GmbH und die Fortsetzung der Gesellschaft im Übrigen, gerade dem Ziel der Unternehmenskontinuität gerecht wird.¹⁵³⁶

(bb) Simultaninsolvenz

Eine Sukzessivinsolvenz, wie gerade beschrieben, kann jedoch bei der hier in Frage stehenden echten GmbH & Co. KG nicht eintreten. Denn die GmbH ist nicht eigenwirtschaftlich tätig, ihr Zweck ist vielmehr auf die Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben in der KG beschränkt.¹⁵³⁷ Eine sukzessive Insolvenz ist aber im Regelfall nur bei einer eigenwirtschaftlich tätigen GmbH denkbar.¹⁵³⁸ Der Grund hierfür liegt in der besonderen Konstellation der echten GmbH & Co. KG. In Anbetracht der Tatsache der unbeschränkten Haftung der GmbH nach §§ 161 II, 128 HGB und deren auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung nach § 13 II GmbHG, hat, trotz des strikten Trennungsprinzips, die Insolvenz der KG auch diejenige der GmbH zur Folge. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die GmbH die Verbindlichkeiten der KG, für die sie unbeschränkt, unmittelbar und primär haftet,¹⁵³⁹ spätestens in dem Zeitpunkt, in dem mit ihrer Inanspruchnahme ernsthaft zu rechnen ist, in voller Höhe als eigene Verbindlichkeiten auszuweisen hat. Wenn die GmbH sonst nicht eigenwirtschaftlich tätig ist und auch kapitalmäßig nicht an der KG beteiligt werden soll,¹⁵⁴⁰ hat die Überschuldung der GmbH & Co. KG (vgl. § 19 III InsO) zwangsläufig auch diejenige der GmbH (§ 19 I InsO) zur Folge, da kein Ausgleich durch realisierbare Erstattungsansprüche nach §§ 161 II, 110 HGB vorhanden ist.¹⁵⁴¹ Es kommt daher nur eine so genannte Simultaninsolvenz in Betracht, von der gesprochen werden kann, wenn entweder gleichzeitig ein Insolvenzverfahren über das Vermögen von GmbH und KG eröffnet wird oder jedenfalls bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH bereits ein Antrag im Hinblick auf die KG gestellt ist.¹⁵⁴² Vorliegend handelt es sich um eine Simultaneität im engsten Sinne der ersten Alternative.

Bereits aus diesen Überlegungen folgen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der h. M., die undifferenziert auch diesen Fall unter § 131 III 1 Nr. 2 HGB subsumieren will. § 131 III 1 Nr. 2 HGB passt nicht für die Simultaninsolvenz. Der Gesetzgeber hatte bei der Neuregelung des § 131 HGB vor allem den Unternehmensfortbestand in den Fällen des Todes, der Kündigung oder der Insolvenz eines persönlich haftenden Gesellschafters vor Augen.¹⁵⁴³ Bei der Simultaninsolvenz geht es dagegen nicht darum, die Unternehmenskontinuität zu wahren und eine Gefährdung durch insolvente Gesellschafter zu verhindern, mithin privates von unternehmensbezogenem Vermögen zu trennen. Vielmehr führt die Insolvenz einer GmbH & Co. KG aufgrund der Schicksalsgemeinschaft beider Gesellschaften regelmäßig zu einem koordinierten Insolvenzverfahren.¹⁵⁴⁴

Der Grund für die hier gewählte Differenzierung zwischen Sukzessiv- und Simultaninsolvenz ist somit letztlich in einem Spannungsverhältnis der Bestimmung des § 131 I Nr. 3 HGB auf der einen Seite zur Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB auf der anderen Seite zu sehen.¹⁵⁴⁵ Dieses kann nur dahingehend gelöst werden, dass man bei Zusammentreffen beider Bestimmungen den § 131 I Nr. 3 HGB als primär einschlägige, sozusagen wegweisende Bestimmung sieht, die zur Auflösung der Gesellschaft führt. Konsequenterweise kann dann die Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB nur als weiterer, hinzukommender Auflösungsgrund gesehen werden, der jedoch die Rechtsfolge des § 131 I Nr. 3 HGB nicht mehr zu verdrängen vermag.¹⁵⁴⁶ Dies lässt sich durch folgende Überlegungen untermauern. Zum einen muss ein Vergleich zur Rechtslage in der OHG gezogen werden. Wird hier das Insolvenzverfahren über das Vermögen der OHG und gleichzeitig jedes einzelnen Gesellschafters eröffnet, so bleiben alle Gesellschafter Mitglieder der nunmehr insolventen OHG und scheiden nicht etwa nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB aus der Gesellschaft aus.¹⁵⁴⁷ Gleiches muss daher für den Fall einer GmbH & Co. KG gelten.

¹⁵³⁵ Auch bei Ablehnung der Eröffnung, wäre die GmbH & Co. KG mit Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst, §§ 161 II, 131 II 1 Nr. 1 HGB.

¹⁵³⁶ Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1214; Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 117.

¹⁵³⁷ Vgl. zur Terminologie oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5**.

¹⁵³⁸ Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 117.

¹⁵³⁹ Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rn. 1.

¹⁵⁴⁰ Vgl. hierzu oben **2. Kapitel: I.3.c)cc)(2), S. 25**.

¹⁵⁴¹ Insoweit findet folglich eine Annäherung statt und es empfiehlt sich beide Verfahren einem Insolvenzverwalter zu übertragen, Binz, GmbH & Co., § 12 Rn. 16 f.; Ebenroth/Boujong/Joost-Henze, HGB, § 177 a Anh. A Rn. 232, 237; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 48 Rn. 5 i.V.m. Rn. 25; Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 94, 117; Hachenburg-Ulmer, § 63 Rn. 128; kritisch in Bezug auf die praxisübliche Übertragung auf einen Insolvenzverwalter dagegen Braun-Kroth, InsO, § 93 Rn. 38 im Hinblick auf unüberbrückbare Schwierigkeiten bei der Wahl des Insolvenzverwalters in der ersten Gläubigerversammlung nach § 57 InsO. Vgl. zu den Auswirkungen der Überschuldung der KG auf die GmbH bereits im Zusammenhang mit den Kapitalerhaltungsbestimmungen oben Fn. 334 sowie oben **2. Kapitel: V.1.c)dd)(1), S. 149**.

¹⁵⁴² Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 120; sowohl die Begriffe der Sukzessiv- als auch der Simultaninsolvenz gehen auf Karsten Schmidt zurück, sind jedoch nach dessen eigener Aussage noch neu und undiskutiert, vgl. Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 117. Sie treffen jedoch durch die in ihnen zum Ausdruck kommende zeitliche Komponente genau den Kern der Problematik und werden daher übernommen.

¹⁵⁴³ Vgl. Begründung RegE HRefG, BT-Ds. 13/8444, S. 65.

¹⁵⁴⁴ Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1214; Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 110.

¹⁵⁴⁵ Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1214.

¹⁵⁴⁶ Karsten Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1214; Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 64 Rn. 110.

¹⁵⁴⁷ Dies ist völlig unstrittig und wird als selbstverständlich in der einschlägigen Literatur vorausgesetzt. Folge sind dann eben entsprechend dem Trennungsprinzip grundsätzlich selbständige Liquidationsverfahren der Gesellschaft und der Gesellschafter, vgl. nur Gottwald-Haas, § 94 Rn. 84; Häsemeyer, 31.15; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 93 Rn. 51; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 52 III.3.b); Hess/Weis/Wienberg-Weis, § 93 Rn. 13 f.

Besonders deutlich werden die Probleme, zu denen die h. M. durch die Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB führt, wenn man auf eine besondere andere Erscheinungsform der GmbH & Co. KG eingeht, nämlich die Einmann-GmbH & Co. KG, bei der der Alleingesellschafter der GmbH zugleich einziger Kommanditist ist.¹⁵⁴⁸ Die konsequente Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB würde hier dazu führen, dass die KG durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters erlischt und ihr Vermögen samt aller Insolvenzverbindlichkeiten dem verbleibenden Kommanditisten zufällt, der nunmehr infolge Gesamtrechtsnachfolge unbeschränkt haftet.¹⁵⁴⁹ Dies ist ein besonders alarmierendes Beispiel. Es spricht somit alles für eine teleologische Reduktion des § 131 III 1 Nr. 2 HGB für die Fälle der Simultaninsolvenz beider Gesellschaften.

(c) Rechtsfolgen der teleologischen Reduktion des § 131 III 1 Nr. 2 HGB im Falle der Simultaninsolvenz von GmbH und KG

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen beider Gesellschaften führt zu deren Auflösung. Dabei ist die KG sowohl nach § 131 I Nr. 3 HGB aufgelöst als auch nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB, was jedoch aufgrund teleologischer Reduktion letzterer Bestimmung nicht zum Ausscheiden der Komplementär-GmbH führt. Es bleibt somit eine aufgelöste Kommanditgesellschaft, bestehend aus den ursprünglichen Gesellschaftern, mithin auch aus der Komplementär-GmbH, die selbst durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen nach § 60 I Nr. 4 GmbHG aufgelöst ist.¹⁵⁵⁰ Folglich finden zwei getrennte Insolvenzverfahren statt, die allerdings abwicklungstechnisch sowie organisatorisch aufeinander abzustimmen sind.¹⁵⁵¹

Weil nach der hier vertretenen Auffassung die Komplementär-GmbH Gesellschafterin der aufgelösten KG bleibt, stellt sich die Frage, wer für die Wahrnehmung der Schuldneraufgaben gegenüber dem Insolvenzverwalter zuständig ist.¹⁵⁵² Für die Liquidation der GmbH ist anerkannt, dass hierfür die Geschäftsführer der GmbH im Amt bleiben. Es ist zwar nicht abzustreiten, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Tätigkeitsbereich der Geschäftsführer erheblichen Einfluss hat, doch wird deren organschaftliche Stellung dadurch nicht berührt, es entfällt nur die Vertretungsbefugnis. Der Geschäftsführer wird trotz Auflösung der Gesellschaft nicht zum Liquidator und auch nicht durch einen solchen ersetzt, da die Vorschrift des § 66 GmbHG nach dem eindeutigen Wortlaut im Falle der Insolvenz nicht anwendbar ist, vielmehr die Liquidation durch Abwicklung nach der Insolvenzordnung ersetzt wird.¹⁵⁵³ Die Kompetenzen der Geschäftsführer beschränken sich infolge der Bestimmung des § 80 InsO auf den so genannten gesellschaftsinternen Bereich,¹⁵⁵⁴ die Verwaltung bzw. die Verfügung über das insolvenzfremde Vermögen¹⁵⁵⁵ und eben auf die verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten, mithin die Gemeinschaftsdneraufgaben, vor allem also nach § 101 I 1 InsO die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach § 97, die gegebenenfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden können.¹⁵⁵⁶

¹⁵⁴⁸ Vgl. zu dieser Rechtsform, die einen Spezialfall der personengleichen GmbH & Co. KG darstellt, *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 6; *Ebenroth/Boujong/Joost-Henze*, HGB, § 177 a Anh. A Rn. 16.

¹⁵⁴⁹ *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1214; *Scholz-Karsten Schmidt*, Vor § 64 Rn. 110, der darüber hinaus für diesen Fall ein zum Erlöschen der KG als Schuldnerin führendes Sukzessivinsolvenzverfahren sogar für unzulässig hält und jede Doppelin insolvenz beider Gesellschaften als Simultaninsolvenz behandelt haben will.

¹⁵⁵⁰ *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1214; *Scholz-Karsten Schmidt*, Vor § 64 Rn. 121, 123.

¹⁵⁵¹ *Scholz-Karsten Schmidt*, Vor § 64 Rn. 121; vgl. zur Abstimmung im Einzelnen *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1211 ff.; vgl. schon oben Fn. 1541.

¹⁵⁵² Diese Gemeinschaftsdneraufgaben betreffen vor allem die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach § 97 InsO, *Gottwald-Haas*, § 92 Rn. 149; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 64 Rn. 51.

¹⁵⁵³ *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 63 Rn. 28; *Gottwald-Haas*, § 92 Rn. 141; *Kübler/Prütting/Noack* Rn. 290; *Lutter/Hommelhoff*, § 64 Rn. 23; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut*, § 63 Rn. 12; *Michalski-Nerlich*, § 60 Rn. 146 ff.; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 48 Rn. 67; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1214; *Scholz-Karsten Schmidt*, Vor § 64 Rn. 66; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Schmidt-Leithoff*, § 63 Rn. 130; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 64 Rn. 51; *Hachenburg-Ulmer*, § 63 Rn. 97 jeweils mit weiteren Nachweisen; a. A. aufgrund eines anderen Verständnisses der Rolle des Insolvenzverwalters dagegen *Schulz*, KTS 1986, 389, 404 ff.: Er geht von einem Erlöschen der Organstellung unter Verbleib von Hilfsfunktionen aus, die er aus einer Dominanz des Insolvenzrechts gegenüber dem Gesellschaftsrecht legitimiert.

¹⁵⁵⁴ Vgl. vor allem §§ 39, 40, 49 I GmbHG.

¹⁵⁵⁵ Vgl. hierzu *Gottwald-Haas*, § 92 Rn. 148; gegen die Anerkennung insolvenzfremden Vermögens im Insolvenzverfahren dagegen *Scholz-Karsten Schmidt*, Vor § 64 Rn. 56 (ausführlich zum Streitstand); ders., *Wege zum Insolvenzrecht*, S. 73; *Karsten Schmidt/Schulz*, ZIP 1982, 1015 ff.; offen BGH, Urteil vom 18.4.2002, ZIP 2002, 1043, 1047 f. Vgl. zur Problematik insolvenzfremden Vermögens durch Freigabe von Massegegenständen OLG Karlsruhe, Zwischenurteil vom 25.7.2003, BB 2003, 1510 (für Freigabe aus einer Personengesellschaft, bei der weder eine natürliche Person noch eine nicht insolvente juristische Person persönlich haftender Gesellschafter ist) sowie die Nachweise unten Fn. 1646.

¹⁵⁵⁶ Vgl. *Gottwald-Haas*, § 92 Rn. 145, 149 f.; vgl. zu den verfahrensmäßigen Rechten und Pflichten ausführlich *Gottwald-Haas*, § 92 Rn. 149 f. Die Frage, ob den Geschäftsführern neben den Gemeinschaftsdneraufgaben noch gewisse Restkompetenzen verbleiben, hängt letztlich eng mit der Frage zusammen, ob den Insolvenzverwalter die Pflicht zur Vollliquidation der Gesellschaft trifft, die dies ausschließen würde, *Kübler/Prütting-Pape*, InsO, § 15 Rn. 19. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob eine Liquidation im Falle der Insolvenz denknötwendig ausgeschlossen ist, genauer, ob die Bestimmungen der §§ 66 ff. GmbHG wenigstens dann Anwendung finden, wenn nach Abschluss des Insolvenzverfahrens noch ein der Verteilung unterliegendes Vermögen vorhanden ist. Die Antwort hängt letztlich auch von der Auslegung des § 199, 2 InsO ab. Nach der h. M. ist neben der Insolvenzmasse bestehendes freies Vermögen (falls man die anerkennt, vgl. oben Fn. 1555) bzw. nach der Schlussverteilung (§ 196 InsO) noch vorhandenes Vermögen insoweit nach dem GmbHG und nicht nach der Insolvenzordnung abzuwickeln, so dass aus der bisherigen, zur insolvenzrechtlichen Liquidation führenden Auflösung ein gesellschaftsrechtlicher Liquidationsstatus wird, vgl. *BayObLG*, Beschluss vom 22.2.1979, DB 1979, 831; *Michalski-Nerlich*, § 66 Rn. 3; *Kübler/Prütting-Pape*, InsO, § 15 Rn. 19; *Hachenburg-Ulmer*, § 63 Rn. 108 mit jeweils weiteren Nachweisen. Nach der Gegenauffassung trifft den Insolvenzverwalter, abweichend vom bisherigen Recht, nunmehr eine Pflicht zur Vollliquidation der Gesellschaft, die es ausschließt, dass Restbefugnisse bei den früheren Organen verbleiben; der Vollbeendigungszweck sei in den Verfahrenszweck des Insolvenzverfahrens einzuordnen, vgl. *GroßkommentarHGB-Habersack*, § 145 Rn. 54 unter Verweis auf die Begründung zum RegEInsO, BT Ds. 12/2443, S. 187; *Ebenroth/Boujong/Joost-Hillmann*, HGB, § 145 Rn. 9; *Scholz-Karsten Schmidt*, Vor § 64 Rn. 87; ders., ZGR 1998,

Ähnlich ist die Rechtslage in der KG. Diese ist jedenfalls dann auf das Handeln von Liquidatoren nach § 146 HGB angewiesen, wenn es auf die Rolle des Schuldners ankommt, also im Hinblick auf die Gemeinschuldneraufgaben.¹⁵⁵⁷ Dies hätte nach § 146 HGB grundsätzlich die an anderer Stelle ausführlich diskutierte¹⁵⁵⁸ Problematik zur Folge, dass alle Gesellschafter, mithin auch die Kommanditisten für die Wahrnehmung der Schuldneraufgaben zuständig wären. Dass dies nicht interessengerecht ist, vielmehr ein Wille zur Amtskontinuität und somit zur Wahrnehmung der Aufgaben durch die GmbH zu unterstellen ist, führt zwar nach der hier vertretenen Auffassung nicht dazu, dass die Bestimmung des § 146 HGB im Zweifel als abbedungen gilt,¹⁵⁵⁹ wohl aber, dass die Bestimmung zugunsten der Komplementär-GmbH im Sinne einer Amtskontinuität im Gesellschaftsvertrag explizit abzu- bedingen ist.¹⁵⁶⁰

Die Möglichkeit, die Amtskontinuität über eine Abbedingung des § 146 HGB wahren zu können, ist letztlich gerade auch ein Argument für die teleologische Reduktion des § 131 III 1 Nr. 2 HGB, da nur in diesem Falle die GmbH weiterhin Gesellschafterin bleibt.

bb) Rechtslage in der GmbH

Demgegenüber stellt sich die Rechtslage in der Komplementär-GmbH gänzlich anders dar. Die Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters hat jedenfalls ipso iure keine Auswirkungen auf den Bestand der GmbH oder auf die Gesellschaftereigenschaft. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine anderweitige Regelung in die Satzung aufgenommen wird, § 60 II GmbHG.¹⁵⁶¹ Rechtsfolge ist grundsätzlich nur, dass der Geschäftsanteil – weil als selbständiges Vermögensrecht nach §§ 857 Abs. 1, 829 ZPO pfändbar¹⁵⁶² – nach § 36 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH in die Insolvenzmasse nach § 35 InsO fällt.¹⁵⁶³ Zu denken ist auch an

633, 636 f.; ders., Wege zum Insolvenzrecht, S. 99 ff., 102 bereits zur Rechtslage vor Einführung der InsO; ders., KTS 1994, 309, 310 bereits zur Rechtslage vor Einführung der InsO; Schmidt/Uhlenbruck-Schmidt, Rn. 1188; Schulz, masselose Liquidation, S. 19 ff.; ders., KTS 1986, 389, 399 ff.: Er geht allerdings weitergehend von einem Erlöschen der Organstellung des Geschäftsführers aus, vgl. oben Fn. 1553; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 64 Rn. 67; Vallender, NZG 1998, 249, 251; vgl. zum Ziel der vollständigen Abwicklung durch das Insolvenzverfahren auch OLG Karlsruhe, Zwischenurteil vom 25.7.2003, BB 2003, 1510, 1511, das davon ausgeht, dass dies neben § 199, 2 InsO auch in Art. 23 EGVsO sowie § 141 a FGG seinen Niederschlag gefunden hat. Die Gegenauffassung wird allerdings in der neuen Rechtsprechung des BGH explizit abgelehnt, da die Insolvenzordnung nicht davon ausgeht, dass der Insolvenzverwalter die Gesellschaft vollständig zu liquidieren habe, er vielmehr vorrangig die Gläubigerinteressen zu wahren habe. Der in § 1 II 3 des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung (Begründung RegEInsO, BT-Ds. 12/2443, S. 10, 109) vorgesehene weitere Zweck, für die Abwicklung juristischer Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit zu sorgen, indem das Insolvenzverfahren an die Stelle der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung tritt, wurde vom Rechtsausschuss gestrichen (Begründung Rechtsausschuss, BT-Ds., 12/7302, S. 5, 155), ist also gerade nicht Gesetz geworden. Die Gegenmeinung könne sich auch insbesondere nicht auf § 199, 2 InsO berufen, da diese Bestimmung nur die Verteilung eines Überschusses regelt, hingegen nichts darüber aussage, ob und gegebenenfalls wie ein solcher zustande komme; BGH, Urteil vom 5.7.2001, ZIP 2001, 1469, 1471 f.; offen, aber wohl in diese Richtung auch BGH, Urteil vom 18.4.2002, ZIP 2002, 1043, 1047; offen auch OLG Hamm, Beschluss vom 3. 7. 2003, DB 2003, 2381, 2382 (zur GmbH & Co. KG); Kübler/Prütting-Pape, InsO, § 15 Rn. 19 f., der dafür auch die Bestimmung des § 197 I Nr. 3 InsO anführt.

¹⁵⁵⁷ GroßkommentarHGB-Habersack, § 145 Rn. 55. Die Diskussion des § 146 HGB steht allerdings unter der Prämisse, dass man die KG selbst als Gemeinschuldnerin sieht, was keineswegs unstrittig ist. Die wohl noch h. M. ist nach wie vor der Ansicht, dass Schuldner im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft aufgrund der fehlenden Rechtsfähigkeit von OHG und KG allein die persönlich haftenden Gesellschafter (also nicht auch die Kommanditisten) sind, mit der Folge dass diese ihre Rechte grundsätzlich gemeinschaftlich wahrzunehmen haben, BGH, Urteil vom 16.2.1961, BGHZ 34, 293, 297; Urteil vom 30.1.1961, WM 1961, 427, 429; BFH, Urteil vom 15.3.1995, ZIP 1995, 1275, 1276; Häsemeyer Rn. 31.10; Hueck, § 26 III, S. 384; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 209 Rn. 18. Dem kann jedoch nach heutigem Rechtsverständnis nicht gefolgt werden. Dies ergibt sich zwar nicht schon aus § 11 II Nr. 1 InsO, da sich dieser Bestimmung nichts hinsichtlich der Rechtspersönlichkeit entnehmen lässt. Ziel der Regelung ist es vielmehr, das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftsgläubigern, unter Ausschluss der Privatgläubiger der Gesellschafter, haftungsrechtlich zuzuweisen, vgl. Begründung zum RegE zu § 13 InsO (entspricht § 11 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 112 f. sowie BT-Drucks. 12/7302, S. 156; GroßkommentarHGB-Habersack, § 145 Rn. 53. Die Lösung folgt aber aus § 124 HGB. Demnach sind Personenhandelsgesellschaften selbst Träger von Rechten und Pflichten und müssen daher konsequenterweise auch Schuldner im Sinne der InsO sein. Die Gesellschaft ist als verselbständigte Einheit zu verstehen. In einem ausgereiften Verbandsrecht ist es widersprüchlich, die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft als Insolvenzschuldner zu sehen. Somit handeln die Liquidatoren, soweit ihre Befugnisse nicht durch die des Insolvenzverwalters verdrängt sind, für die aufgelöste Gesellschaft. Dafür spricht auch der Wortlaut der §§ 101 I 1; 227 II, 278 II InsO. Auch spricht die Begründung zum Regierungsentwurf davon, dass die in § 13 II des Entwurfs (entspricht § 11 II InsO) genannten Gesellschaften „Schuldner im Sinne des Entwurfs der Insolvenzordnung“ sein können. Die Wahrnehmung der Gemeinschuldneraufgaben ist somit eine Frage der Vertretungsmacht und somit des § 146 HGB; Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn. 46; Gottwald-Haas, § 94 Rn. 28; GroßkommentarHGB-Habersack, § 145 Rn. 53; Kilger/Karsten Schmidt, § 209 KO Anm. 2c bb; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht § 46 II.3.b); auch schon ders., Wege zum Insolvenzrecht, S. 31; ders., in: Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 247, 253 f.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 124 Rn. 39, § 145 Rn. 68.

Auch hier wiederholt sich der Streit, ob die Liquidationsbestimmungen generell verdrängt sind, was davon abhängt, ob man § 199, 2 InsO dahingehend interpretiert, dass die Vollbeendigung der Gesellschaft Aufgabe der Liquidatoren ist, so insbesondere GroßkommentarHGB-Habersack, § 145 Rn. 55; Ebenroth/Boujong/Joost-Hillmann, HGB, § 145 Rn. 9 sowie die Nachweise oben Fn. 1556.

¹⁵⁵⁸ Vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)bb)(3), S. 214 sowie 3. Kapitel: I.4.a)bb)(4)(b)(bb), S. 217.

¹⁵⁵⁹ So insbesondere Karsten Schmidt, ZHR 153 (1989), 270, 280, 290 f.; ders., GmbHR 1994, 829, 834; ders., GmbHR 2002, 1209, 1214 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 VI.1.b).

¹⁵⁶⁰ Vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)bb)(4)(b)(bb), S. 217.

¹⁵⁶¹ Dies dürfte allerdings in den seltensten Fällen dem Willen der Gesellschafter entsprechen, es sei denn, die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft ist dadurch erheblich beeinträchtigt. Im Interesse der Mitgesellschafter steht vielmehr die Fortsetzung der Gesellschaft unter Vermeidung der Verwertung des Geschäftsanteils durch den Insolvenzverwalter, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 40.

¹⁵⁶² Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.a)bb), S. 81.

¹⁵⁶³ RG, Urteil vom 22.5.1913, RGZ 82, 288, 290; Urteil vom 30.10.1923, RGZ 108, 20, 22; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 249 f.; Kübler/Prütting-Holzer, InsO, § 35 Rn. 68; MünchKommInsO-Lwowski, § 35 Rn. 240; Kübler/Prütting/Noack Rn. 344; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 40; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 60 Rn. 46; Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 105; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 41; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209;

eine Auflösungsklage nach § 61 GmbHG. Es muss sich im Unterschied zu § 133 HGB um „in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe“ handeln. Die Gesellschafterinsolvenz dürfte daher nur im absoluten Ausnahmefall eine Auflösungsklage rechtfertigen, wenn dieser, in der Person des Gesellschafters liegende Grund, nicht ausnahmsweise den Gesellschaftszweck berührt oder in sonstiger Weise unmittelbar auf die Verhältnisse der Gesellschaft Einfluss nimmt.¹⁵⁶⁴

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bezüglich des nunmehr zur Insolvenzmasse gehörenden Geschäftsanteils dem Insolvenzverwalter als staatlich eingesetzter Amtsperson zu, § 80 InsO.¹⁵⁶⁵ Dies ist insbesondere im Hinblick auf das Stimmrecht¹⁵⁶⁶ problematisch, da der Befugnis des Insolvenzverwalters auch der grundsätzliche Ausschluss der Vertretung bei der Abstimmung¹⁵⁶⁷ nicht entgegengehalten werden kann.¹⁵⁶⁸ Es besteht zwar die Möglichkeit, durch die Aufnahme einer einsprechenden Satzungsklausel nach § 45 Abs. 2 GmbHG die Vertretung durch rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter, vgl. § 47 Abs. 3 GmbHG,¹⁵⁶⁹ auszuschließen, da auch die Vertretungsregeln dispositiv sind, jedenfalls, soweit dadurch die Wahrnehmung des Stimmrechts durch den Gesellschafter nicht unmöglich wird.¹⁵⁷⁰ Bei der Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch den Insolvenzverwalter handelt es sich jedoch nicht um einen Fall der rechtsgeschäftlichen Vertretung, sondern um die gesetzlich angeordnete Vertretung durch einen Amtsträger, so dass die Regeln, die die Vertretung eines Gesellschafters betreffen, insoweit bedeutungslos sind. Nach überwiegender Meinung handelt der Insolvenzverwalter sogar im eigenen Namen und nicht im Namen eines Dritten – des insolventen Gesellschafters,¹⁵⁷¹ wobei selbst nach dieser so genannten Amtstheorie das Verhältnis des Amtswalters gegenüber der Gesellschaft letztlich in allen praktischen Fragen dem eines gesetzlichen Vertreters entspricht, da der Insolvenzverwalter zwar im eigenen Namen handelt, aber mit Wirkung für und gegen die Masse und den Schuldner.¹⁵⁷² Jedenfalls kann die gesetzlich angeordnete Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Insolvenzverwalter nicht durch einen Ausschluss in der Satzung konterkariert werden, da nur der rechtsgeschäftliche Bereich der Disposition der Gesellschafter unterliegt.¹⁵⁷³

Die Legitimation des Insolvenzverwalters folgt in diesem Fall nicht nach § 47 Abs. 3 GmbHG, sondern kann in jeder geeigneten Weise erfolgen, etwa durch Vorlage der Urkunden nach § 56 Abs. 2 InsO.¹⁵⁷⁴ Es bleibt in diesen Fällen nur die Möglichkeit, für den Fall der Insolvenz ein Ruhen des Stimmrechts anzuordnen, so dass auch dessen Ausübung durch den Insolvenzverwalter als Amtswalter ausgeschlossen ist.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁶⁴ Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 249; Kübler/Prütting/Noack Rn. 345; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 10; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 22. § 133 HGB ist somit insofern breiter, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 10. Dies wird freilich in einer personalistischen GmbH dadurch relativiert, dass hier Verhältnisse der Gesellschafter eher auf die Gesellschaft durchschlagen können [vgl. unten 3. Kapitel: I.4.c)bb)(1), S. 222], doch spricht jedenfalls die Rechtsfolge der Auflösung gegen den regelmäßigen Gesellschafterwillen, vgl. oben Fn. 1561.

¹⁵⁶⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung der Insolvenzmasse angeordnet hat, §§ 270 ff. InsO, vgl. Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 250; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 156; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209. Die Verwaltungs- und Geschäftsführungsbefugnis bleibt dann beim Gesellschafter, der diese jedoch unter Aufsicht und gegebenenfalls nur mit Zustimmung des Insolvenzverwalters ausüben darf, §§ 274 Abs. 2 S. 1, 277 InsO, Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 250.

¹⁵⁶⁶ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt dabei nicht dazu, dass der Insolvenzverwalter auch Träger des Stimmrechts wird, dies bleibt vielmehr der Gesellschafter und nur die Ausübung des Stimmrechts wird vom Insolvenzverwalter wahrgenommen, Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 16; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 30.

¹⁵⁶⁷ Die Vertretung eines Gesellschafters bei der Stimmabgabe ist grundsätzlich zulässig. Schon aus der Formvorschrift des § 47 Abs. 3 GmbHG lässt sich entnehmen, dass die Mitverwaltungsrechte der GmbH-Gesellschafter nicht als höchstpersönliche Rechte anzusehen sind, da diese Bestimmung die Zulässigkeit der Vertretung denkbare Voraussetzung. Es greifen für diese Fälle die §§ 164 ff. BGB, vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 43; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 8; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 387 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 76; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 31; vgl. dagegen zur Übertragung des Stimmrechts, insbesondere zum so genannten Abspaltungsverbot ausführlich unten 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178.

¹⁵⁶⁸ Scholz-Winter, § 15 Rn. 209.

¹⁵⁶⁹ Die Tatsache, dass § 47 Abs. 3 GmbHG nur auf die rechtsgeschäftliche Vertretung abstellt, folgt daraus, dass er von der Vollmacht spricht, also der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht, § 166 Abs. 2 BGB, Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 77; im Ergebnis ebenso, allerdings ohne Begründung Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 44; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 384.

¹⁵⁷⁰ Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 49; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 47 Rn. 28; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 447; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 96; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 31.

¹⁵⁷¹ BGH, Urteil vom 29.5.1961, BGHZ 35, 180 ff.; Urteil vom 2./3.12.1968, BGHZ 51, 125, 128; Häsemeyer Rn. 15.06; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 44; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 80 Rn. 37, zu den anderen Theorien Rn. 32 ff.; MünchKommInsO-Ott, § 80 Rn. 35, allgemein zum Theorienstreit Rn. 26 ff.; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 80 Rn. 40, zu den anderen Theorien Rn. 36 ff.; a. A. Kilger/Karsten Schmidt, § 6 KO Anm. 2; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 11 VI.4.b)cc) (mit vielen weiteren Nachweisen), der den Insolvenzverwalter als Liquidationsorgan der Gesellschaft versteht; Karsten Schmidt, NJW 1987, 1905, 1906 f.; kritisch zum gesamten Theorienstreit Gottwald-Klopp/Kluth, § 22 Rn. 20 ff.

¹⁵⁷² Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 77, der selbst allerdings eine andere Theorie vertritt, vgl. oben Fn. 1571.

¹⁵⁷³ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 44; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 47 Rn. 28; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 150; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 30, 31; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 95. Strittig ist allein, ob das Stimmrecht in der Tat unbeschränkt vom Insolvenzverwalter wahrgenommen werden kann, wie Scholz-Winter, § 15 Rn. 209 und Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 95 dies scheinbar annehmen. Dies ist zumindest anzuzweifeln, zumal die Gesellschafterrechte nach §§ 80, 35 GmbHG nur insoweit verdrängt sind, als der beschlagnahmte Vermögensbereich betroffen ist, vgl. Hess/Weis/Wienberg, § 80 Rn. 156; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 80 Rn. 7, so dass viel dafür spricht, den gesellschaftsrechtlichen Bereich auszugrenzen, der mit dieser vermögensrechtlichen Position in keinem Zusammenhang steht, vgl. Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 105.

¹⁵⁷⁴ Michalski-Römermann, § 47 Rn. 385; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 77.

¹⁵⁷⁵ Michalski-*Ebbing*, § 15 Rn. 250; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 63; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 95; a. A. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 151, der dies allerdings etwas dürftig damit begründet, dass ein Ruhen des Stimmrechts nicht mit der Insolvenzordnung sowie den Rechten des Insolvenzverwalters in Einklang zu bringen sei, ohne dies jedoch näher zu spezifizieren; ablehnend auch Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 105. In Anbetracht der Tatsache, dass der Insolvenzverwalter generell dann von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen ist, wenn auch der Gesellschafter selbst ausgeschlossen ist,

Im Hinblick auf den Geschäftsanteil des Gesellschafters besteht nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht des Insolvenzverwalters, diesen im Interesse der Masse bestmöglich zu verwerten.¹⁵⁷⁶ Der Insolvenzverwalter hat im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils gegebenenfalls nach §§ 160 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 InsO die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen, wobei ein Verstoß dagegen nach § 164 InsO keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Veräußerung hat.¹⁵⁷⁷

b) Vertragliche Gestaltung

aa) Zu harmonisierende Problembereiche

(1) Insolvenz der GmbH-Gesellschafter/Kommanditisten

Problematisch ist zunächst die Insolvenz der Gesellschafter, die natürliche Personen sind, mithin der GmbH-Gesellschafter, die zugleich Kommanditisten der KG sind. Für diesen Fall stellt sich die Rechtslage in beiden Gesellschaften gegensätzlich dar. So hat die Gesellschafterinsolvenz grundsätzlich keine Auswirkungen auf die GmbH,¹⁵⁷⁸ während der Kommanditist im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen ausscheidet mit der Folge der Anwachsung seines Geschäftsanteils bei den verbleibenden Mitgesellschaftern.¹⁵⁷⁹

Dass die Insolvenz der GmbH keine unmittelbaren Auswirkungen auf die GmbH hat, darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass gerade deshalb eine viel größere Gefahr droht als in der KG. Es kann nämlich der Insolvenzverwalter das Eindringen eines Dritten gegen den Willen der übrigen GmbH-Gesellschafter bewirken, indem er den Geschäftsanteil entsprechend seiner Pflicht, im Interesse der Masse für eine bestmögliche Verwertung zu sorgen, veräußert. Dies führt zu der Konsequenz, dass der insolvente GmbH-Gesellschafter nicht nur, wie im Recht der Personengesellschaften, ausscheidet, sondern darüber hinaus eine Störung der Personen- und Beteiligungsparität in beiden Gesellschaften aufgrund der Tatsache eintritt, dass eine dritte, von den auf Wahrung der Beteiligungsverhältnisse bedachten übrigen Gesellschaftern nicht gewollte, Person Gesellschafter wird.

Dem können, parallel zur Rechtslage im Falle der Pfändung,¹⁵⁸⁰ auch keine Abtretungsbeschränkungen nach § 15 V GmbHG entgegengehalten werden. Das Insolvenzrecht ist dem Zwangsvollstreckungsrecht zuzuordnen und von dem Gedanken getragen, durch eine Gesamtvollstreckung Konflikte zwischen den von einer Insolvenz Betroffenen zu vermeiden.¹⁵⁸¹ § 15 V GmbHG sieht nur für den Fall der freiwilligen Veräußerung die Möglichkeit der Beschränkung vor. Im Umkehrschluss daraus verbietet diese Bestimmung bei grundsätzlicher Veräußerlichkeit und Pfändbarkeit des Geschäftsanteils, und somit auch im Rahmen der Insolvenz, jede andere Erschwerung für Fälle, die über den Regelungsbereich des § 15 V GmbHG hinausgehen. Weder die Massezugehörigkeit noch die Verwertung des Anteils werden durch eine Vinkulierung gehindert.¹⁵⁸²

(2) Insolvenz der Komplementär-GmbH – Problematik der Doppelinsolvenz

Einen Sonderfall nimmt die Insolvenz der GmbH als Komplementärin der KG ein. Diese ist wohl in der hier diskutierten Variante der echten GmbH & Co. KG¹⁵⁸³ nur in Kombination mit einer solchen der KG als Simultaninsolvenz denkbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist in diesem Falle die Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 2, die über § 161 II HGB auch auf die KG Anwendung findet, teleologisch zu reduzieren mit der Folge, dass die GmbH aufgrund des Vorrangs des § 131 I Nr. 3 (i.V.m. § 161 II HGB) nicht aus der Gesellschaft ausscheidet.¹⁵⁸⁴ Für diesen Fall gibt es denotwendig kein Pendant in der GmbH selbst, so dass insoweit auch kein Harmonisierungsbedarf besteht.

Zu koordinieren ist allerdings in diesem Fall die Vollbeendigung beider Gesellschaften,¹⁵⁸⁵ zu der das Insolvenzverfahren, gegebenenfalls nach Verteilung eines etwaigen Restvermögens,¹⁵⁸⁶ im Wege der Liquidation führt. Es wird in der Praxis häufig die GmbH vor der KG vollbeendet sein. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass der Liquidationsbedarf erschöpft sein wird, nachdem der Insolvenzverwalter den Haftungsbeitrag nach §§ 161 II, 128

vgl. Scholz-Karsten Schmidt, Vor § 47 Rn. 77, kann dem nicht gefolgt werden. Dem Insolvenzverwalter kann nicht ein Mehr an Rechten zustehen.

¹⁵⁷⁶ BGH, Urteil vom 5.7.2001, ZIP 2001, 1469, 1471; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 153.

¹⁵⁷⁷ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 251; Kübler/Prütting-Onusseit, InsO, § 160 Rn. 3; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209 b. Für den Fall der Anordnung der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO gilt entsprechendes nach § 276 InsO.

¹⁵⁷⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.a)bb), S. 159.

¹⁵⁷⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.a)aa)(2), S. 153.

¹⁵⁸⁰ Vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b), S. 82.

¹⁵⁸¹ Häsemeyer Rn. 2.0.1; Hess/Weis/Wienberg-Weis, Vor § 1 Rn. 2.

¹⁵⁸² Vgl. schon oben ausführlich zur Pfändung 2. Kapitel: V.1.b), S. 82; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 42 i.V.m. 41; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 251; Jaeger-Henckel, KO, § 1 Rn. 105; Kübler/Prütting-Holzer, InsO, § 35 Rn. 68; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 63 i.V.m. 60; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 52; MünchKommInsO-Lwowski, § 35 Rn. 243; Treffer, GmbH 2002, 205; Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 106; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209.

¹⁵⁸³ Vgl. zur Terminologie oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5.

¹⁵⁸⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(b)(bb), S. 157.

¹⁵⁸⁵ Vgl. zur Vollbeendigung der GmbH unten 3. Kapitel: I.4.a)aa)(1), S. 205 und zur Vollbeendigung der KG unten 3. Kapitel: I.4.b)bb), S. 218.

¹⁵⁸⁶ Vgl. zu der Problematik, ob die Bestimmung des § 199, 2 InsO dahingehend auszulegen ist, dass den Insolvenzverwalter auch die Pflicht zur Vollbeendigung der Gesellschaft trifft mit der Folge, dass allgemeines gesellschaftsrechtliches Liquidationsrecht gänzlich ausgeschlossen ist, ausführlich oben Fn. 1556.

HGB, 93 InsO eingefordert hat. Es kann sich dann entweder die Schlussverteilung nach § 196 InsO anschließen oder es wird das Verfahren nach §§ 208, 211 InsO eingestellt, wenn die KG-Masse noch zur Befriedigung der Verfahrenskosten,¹⁵⁸⁷ die GmbH-Masse selbst aber nicht mehr zur Erfüllung der Masseverbindlichkeiten ausreicht.¹⁵⁸⁸

Es sollte vielmehr eine andere Reihenfolge gewählt werden und zunächst die KG unter Berücksichtigung der Beträge nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 735 BGB, 93 InsO der Schlussverteilung nach § 196 InsO zugeführt und vollbeendet werden. Erst dann sollte auch die GmbH zur Löschung gebracht und damit vollbeendet werden. Nur auf diese Weise kann die Amtskontinuität im Sinne einer Vertretung beider Gesellschaften durch die Geschäftsführer der GmbH¹⁵⁸⁹ gewahrt werden.¹⁵⁹⁰

bb) Gestaltung des GmbH-Vertrages

Es muss nach obigen Überlegungen, wie schon im Rahmen der Pfändung,¹⁵⁹¹ eine Regelung in die GmbH-Satzung aufgenommen werden, die sich zunächst an der Rechtslage in der KG orientiert. Sie muss gewährleisten dass auch der GmbH-Gesellschafter im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen aus der GmbH ausscheidet und sein Anteil den übrigen Gesellschaftern entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis zukommt, also eine der Anwachsung entsprechende Rechtslage geschaffen wird.¹⁵⁹² Es geht letztlich darum, zu verhindern, dass die Personen- und Beteiligungsgleichheit in beiden Gesellschaften auseinander fällt bzw. der Insolvenzverwalter den Mitgesellschaftern eine ungewünschte Dritte Person aufoktroiert. Der Insolvenzverwalter lässt sich bei seinem Denken nicht unternehmerisch leiten, mit der Folge, dass er zwar an den meistbietenden veräußern wird, dies jedoch unabhängig davon, welche Beziehung dieser zu dem konkreten Geschäft hat.¹⁵⁹³

Darüber hinaus ist auch die Tatsache, dass der Insolvenzverwalter wenigstens zeitweilig die Rechte des insolventen Gesellschafters ausübt, nicht im Interesse der Mitgesellschafter. Die im Recht der Personengesellschaften nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 2 BGB eintretende Anwachsung¹⁵⁹⁴ entspricht jedenfalls grundsätzlich der gewünschten Rechtslage, da gerade ein Eindringen Dritter gegen den Willen der Gesellschafter verhindert werden kann, mithin die Beteiligungs- und Personenstruktur mit dem Willen der Gesellschafter übereinstimmen. Es darf aber gerade im Hinblick auf die Eigenschaft als Kommanditisten nicht unberücksichtigt bleiben, dass den Gesellschaftern durchaus auch an der Aufnahme eines – ihren Vorstellungen entsprechenden – neuen Gesellschafters gelegen sein kann, um die ursprüngliche Verteilung der Pflichten beibehalten zu können.

(1) Alternativermächtigung Einziehung – Ankaufsrechts¹⁵⁹⁵

Die Interessenlage stimmt mit derjenigen im Falle der Pfändung überein, was nicht verwunderlich ist, zumal die Insolvenz letztlich als Gesamtvollstreckungsmaßnahme dem Bereich der Zwangsvollstreckung entspringt.¹⁵⁹⁶ Es stellt sich somit die Frage, ob die für den Bereich der Pfändung gefundene Regelung auch für den Fall der Gesellschafterinsolvenz übernommen werden kann. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachverhalte scheint zumindest auf den ersten Blick hier nichts anderes zu gelten.¹⁵⁹⁷ Ausgangspunkt ist daher auch hier eine Kombination aus Einziehungsermächtigung und Abtretungsalternative. Die Gesellschafterversammlung könnte damit jeweils im Einzelfall entscheiden, ob der Ausschluss des insolventen Gesellschafters mit einer der Anwachsung im Recht der Personengesellschaften vergleichbaren Rechtsfolge oder die Aufnahme eines neuen Gesellschafters, die ihren Vorstellungen entspricht, zu bevorzugen ist.¹⁵⁹⁸

Wurde eingangs festgestellt, dass aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachverhalte vieles für eine Übernahme der im Rahmen der Pfändung gefundenen Vertragsgestaltung spricht, so gilt es im Folgenden die Rechtslage unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten näher unter die Lupe zu nehmen.

¹⁵⁸⁷ Die Verfahrenskosten der GmbH-Insolvenz sind nach richtiger Auffassung auch als Aufwendungsersatz nach § 110 HGB einzuordnen und somit aus der KG-Masse zu bestreiten. Der Grund liegt in der besonderen Gestaltung der hier behandelten GmbH & Co. KG, vgl. oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5**. Die Verfahrenskosten sind Resultat der persönlichen Haftung der GmbH, die allein zu diesem Zweck gegründet wurde, *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1213.

¹⁵⁸⁸ Vgl. *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1217.

¹⁵⁸⁹ Vgl. oben **2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(c), S. 158**.

¹⁵⁹⁰ Vgl. ausführlich *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 209, 217.

¹⁵⁹¹ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.b), S. 82**.

¹⁵⁹² Eine Anwachsung wie im Recht der Personengesellschaften ist im Recht der Kapitalgesellschaften ausgeschlossen, was auf die unterschiedliche Gesellschaftsstruktur zurückzuführen ist, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a); vgl. schon oben Fn. **513**.

¹⁵⁹³ *Van Venrooy*, GmbHR 1995, 339.

¹⁵⁹⁴ Vgl. oben **2. Kapitel: V.1.a)aa), S. 79**.

¹⁵⁹⁵ Vgl. hierzu ausführlich im Rahmen der Pfändung **2. Kapitel: V.1.b)ff)(2), S. 126**.

¹⁵⁹⁶ *Häsemeyer* Rn. 2.0.1; *Hess/Weis/Wienberg-Weis*, Vor § 1 Rn. 2.

¹⁵⁹⁷ Vgl. *Michalski-Ebbing*, § 15 Rn. 249; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 63; *Kübler/Prütting/Noack* Rn. 346; *Lutter/Hommelhoff*, § 15 Rn. 53; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 15 Rn. 150 i.V.m. Rn. 141; Rn. 155; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 24; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 585; *Treffler*, GmbHR 2002, 205; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 209; *Hachenburg-Zutt*, Anh. § 15 Rn. 94.

¹⁵⁹⁸ Vgl. hierzu ausführlich zur Problematik der Pfändung oben **2. Kapitel: V.1.b)ff)(1), S. 125**.

(a) Einziehung des Geschäftsanteils**(aa) Einziehungsvoraussetzungen**

Für die Einziehung des Geschäftsanteils ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten im Vergleich zur Einziehung infolge Pfändung des Geschäftsanteils. Es ist insbesondere die Insolvenz eines Gesellschafters als Einziehungsgrund anerkannt.¹⁵⁹⁹ Die Einziehung erfordert auch nicht die Zustimmung des Insolvenzverwalters. Daran ist zwar im Hinblick auf die Bestimmung des § 81 InsO zu denken, die eine absolut wirkende Verfügungsbeschränkung¹⁶⁰⁰ enthält. Wäre der Anwendungsbereich dieser Bestimmung eröffnet, so hinge eine Einziehung ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters von dessen Genehmigung ab, zu der dieser nach § 80 InsO befugt ist. Die Einzelheiten der Genehmigung richten sich nach § 185 II BGB, der auf die vorliegende Situation entsprechend anzuwenden ist.¹⁶⁰¹ Es fehlt jedoch wie schon im Falle der Zwangseinziehung infolge Pfändung¹⁶⁰² an einer Verfügung des insolventen Gesellschafters bzw. eines von diesem Bevollmächtigten,¹⁶⁰³ die den Anwendungsbereich der Bestimmung eröffnen würde. Auch für den Fall der nachträglichen Einführung einer Einziehungsklausel durch Satzungsänderung ergeben sich keine Unterschiede zur Pfändung. Die Satzungsautonomie ist auch hier vorrangig. Die gesellschaftsinterne Willensbildung ist dem Einflussbereich Dritter entzogen.¹⁶⁰⁴

(bb) Maßgeblicher Zeitpunkt

Als maßgeblicher zeitlicher Anknüpfungspunkt für die Einziehung kommt dabei in erster Linie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters (§ 27 InsO) bzw. die Ablehnung mangels Masse (§ 26 InsO) in Betracht. Man könnte jedoch auch dahingehend argumentieren, dass nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Einziehung des Geschäftsanteils nicht mehr mit Wirkung gegen den Insolvenzverwalter von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden kann. Es stellt sich somit die Frage, ob bereits auf den Zeitpunkt der Insolvenz abgestellt werden muss, mit anderen Worten, ob die Einziehungskompetenz der Gesellschafterversammlung von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beeinflusst wird. Rechtsprechung und Literatur setzen sich kaum jemals mit der Behandlung der Frage auseinander, ob nun auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bereits auf die Insolvenz des Gesellschafters abzustellen ist. Es wird meist, ohne auf die Frage der Zulässigkeit einzugehen, entweder auf die Insolvenz¹⁶⁰⁵ oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. dessen Ablehnung mangels Masse abgestellt.¹⁶⁰⁶ Auch *Niemeier*¹⁶⁰⁷ weist lediglich darauf hin, dass beide Varianten in der Praxis auftauchen.

Letztlich geht es auch in diesem Zusammenhang um die schon im Rahmen der pfändungsbedingten Einziehung behandelte Frage, ob Gläubigerinteressen entgegenstehen.¹⁶⁰⁸ Zwar kann freilich auch hier eine Gefährdung der Gläubigerinteressen nicht abgestritten werden. Doch steht dies einer Einziehung nicht entgegen, zumal letztlich der Insolvenzmasse nur das zustehen kann, was auch dem Gesellschafter selbst zusteht. Die Gläubiger sind schließlich nicht schutzlos gestellt, da anstelle des Geschäftsanteils der Abfindungsanspruch des Gesellschafters in die Insolvenzmasse fällt.¹⁶⁰⁹ Etwas anderes kann sich auch im Falle der Insolvenz nur daraus ergeben, dass die konkrete Ausgestaltung der Abfindungsregelung einen sachgerechten Ausgleich zwischen Gesellschafts-/Gesellschafter- und Gläubigerinteressen nicht gewährleisten kann. Dies ist aber ein anderer Ansatzpunkt und steht jedenfalls der Insolvenz als Einziehungsgrund nicht entgegen. Es darf dabei, wie ein Vergleich zur Pfändung zeigt, auch keinen Unterschied machen, ob nun schon an die Insolvenz oder erst an die Eröffnung bzw. Ablehnung des Insolvenzverfahrens als Einziehungsgrund angeknüpft wird.¹⁶¹⁰

Das Anknüpfen an den gerichtlichen Beschluss, durch den das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird, ist dabei schon aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, da mit der Existenz des Beschlusses ein konkreter Sachverhalt vorliegt. Im Gegensatz dazu würde ein Abstellen auf die Insolvenz die im Einzelfall schwierige Beurteilung nach sich ziehen, ob nun der Gesellschafter insolvent ist und daher eine Einziehung gerechtfertigt ist, was zwangsläufig Rechtsstreitigkeiten aufgrund der Gefahr nach sich zieht, dass die Vermögenslage des Gesellschafters falsch eingeschätzt wird.

¹⁵⁹⁹ BGH, Urteil vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22, 24; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.3.1998, NZG 1998, 595; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 16; *Niemeier*, Einziehung, S. 71; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 34 Rn. 31; Michalski-Sosnizza, § 34 Rn. 35; *Ulmer*, ZHR 149 (1985), 28, 30; Scholz-Westermann, § 34 Rn. 14.

¹⁶⁰⁰ Vgl. hierzu sogleich unten **2. Kapitel: V.2.b)bb(1)(b)(aa), S. 164.**

¹⁶⁰¹ Vgl. *Jaeger-Henckel*, KO, § 7 Rn. 26; *Kübler/Prütting-Lüke*, InsO, § 81 Rn. 18; *Smid*, InsO, § 81 Rn. 7; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 81 Rn. 15; vgl. genauer unten Fn. 1616.

¹⁶⁰² Vgl. ausführlich oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(e)(bb), S. 100.**

¹⁶⁰³ Die Bestimmung des § 81 InsO greift auch für diese Fälle, *Kübler/Prütting-Lüke*, InsO, § 81 Rn. 9; *Smid*, InsO, § 81 Rn. 3; *Nerlich/Römermann-Wittkowski*, § 81 Rn. 6; vgl. schon zur KO *Jaeger-Henckel*, KO, § 7 Rn. 10.

¹⁶⁰⁴ Vgl. schon für den Fall der Pfändung oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(e)(bb), S. 100.**

¹⁶⁰⁵ So Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 155; *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, § 35 Rn. 106.

¹⁶⁰⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 12.6.1975, BGHZ 65, 22; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.3.1998, NZG 1998, 595; Münchener Vertragshandbuch I-*Heidenhain/Meister*, IV.19, § 14 II.b); *Michalski*, ZIP 1991, 147, 148; *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, § 13 II lit. a), V; *Sudhoff-Reichert*, GmbH & Co. KG, § 64 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 14 II lit. a i.V.m. IV. sowie § 68 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 16 I; *Hopt-Volhard*, Form II.D.3., § 6 II, III lit. b).

¹⁶⁰⁷ Einziehung, S. 71.

¹⁶⁰⁸ Vgl. ausführlich zur Pfändung oben **2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(d), S. 97.**

¹⁶⁰⁹ *Nerlich/Römermann-Andres*, § 35 Rn. 53; *MünchKommInsO-Lwowski*, § 35 Rn. 243.

¹⁶¹⁰ Vgl. zur Begründung und den Literaturnachweisen vor allem **2. Kapitel: V.1.b)ee(1)(d), S. 97.**

Die Einziehung des Geschäftsanteils ist somit auch für den Fall der Gesellschafterinsolvenz ein geeignetes Mittel, die Personen- und Beteiligungsidentität unter den Gesellschaftern zu wahren und das Eindringen Dritter zu verhindern.

(b) Abtretung des Geschäftsanteils

Es stellt sich allerdings die Frage, ob den Gesellschaftern über die Aufnahme einer Abtretungsklausel wie im Falle der Pfändung des Geschäftsanteils auch ein Mittel an die Hand gegeben werden kann, mit dem diese einen gewollten Dritten in die Gesellschaft aufnehmen können. Würde es sich auch bei § 81 InsO wie bei § 829 I 2 ZPO um ein so genanntes relatives Verfügungsverbot handeln, so hätte man in der Tat eine parallele Ausgangslage. Es wäre davon ausgehen, dass die Abtretung des Anteils nicht insolvenzfest ist und daher grundsätzlich keine Wirkungen gegenüber dem Insolvenzverwalter zeitigen kann bzw. die insolvenzrechtliche Beschlagnahme trotz Abtretung weiter bestehen bliebe. Das Gegenteil wird zwar, wie schon im Falle der Pfändung durch einen Privatgläubiger, auch für die Gesellschafterinsolvenz teilweise vertreten.¹⁶¹¹ Dem könnte jedoch – jedenfalls ohne die Annahme einer teleologischen Reduktion – nicht gefolgt werden, da der Wegfall der insolvenzrechtlichen Beschlagnahme im Wege der Anteilsabtretung dogmatisch nicht erklärt werden kann.¹⁶¹² Eine Abtretung wäre jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Mit einem bloßen Hinweis auf die Rechtslage im Falle der Pfändung und der Hinweis, dass sich grundsätzlich keine Besonderheiten im Falle der Gesellschafterinsolvenz ergeben, verweist die Literatur meist tatsächlich auf die jeweiligen Ergebnisse zur Pfändung.¹⁶¹³ Dies ist allerdings zu unreflektiert und wird den Besonderheiten des Insolvenzrechts nicht gerecht, wie zu zeigen sein wird.

(aa) Einordnung des § 81 InsO als absolut wirkende Verfügungsbeschränkung

Einer pauschalen Übernahme der für die Pfändung gefundenen Rechtslage steht schon entgegen, dass es sich bei der Bestimmung des § 81 InsO um eine absolut wirkende Verfügungsbeschränkung handelt. Entgegen § 7 I 1. HS. KO ist nicht mehr die Rede davon, dass Rechtshandlungen¹⁶¹⁴ „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam“ sind, sondern dass die „Verfügung unwirksam“ ist. Während schon zur alten Rechtslage des § 7 KO die überwiegende Meinung von einer absoluten Unwirksamkeit ausging, obwohl der Wortlaut zunächst gegenteiliges vermuten ließ,¹⁶¹⁵ ist der Wortlaut des § 81 InsO über jeden Zweifel erhaben und die Annahme einer absoluten Verfügungsbeschränkung unumstritten.¹⁶¹⁶ Die Rechtsfolge der absoluten Unwirksamkeit tritt dabei unmittelbar ein. Es bedarf also nicht erst einer Anfechtungshandlung oder einer feststellenden oder die Nichtigkeit herbeiführenden Klage. Die Unwirksamkeit besteht vielmehr von Anfang an.¹⁶¹⁷

¹⁶¹¹ Hachenburg-Ulmer, Anh. § 15 Rn. 94 i.V.m. Rn. 89; Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 35 ff.

¹⁶¹² Uhlenbruck-Uhlenbruck, § 35 Rn. 106; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209 i.V.m. Rn. 181; vgl. schon ausführlich zur Pfändung oben 2. Kapitel: V.1.b)dd)(4), S. 87. Etwas anderes folgt für die Pfändung nur über die Annahme einer teleologischen Reduktion aufgrund der besonderen Konstruktion einer Nebenverpflichtung nach § 3 II GmbHG, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140.

¹⁶¹³ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 63; Ulmer, ZHR 149 (1985), S. 28, 33 ff.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 209.

¹⁶¹⁴ Das Gesetz spricht nunmehr ausdrücklich von Verfügungen

¹⁶¹⁵ RG, Urteil vom 29.4.1938, RGZ 157, 294, 295; Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 14 ff. mit vielen weiteren Nachweisen; hier auch ausführlich eine Darstellung des Streitstands zur alten Rechtslage; Hess-Hess, KO, § 7 Rn. 7; Kilger/Karsten Schmidt, § 7 Anm. 3 a.

¹⁶¹⁶ Vgl. Begründung zu § 92 RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 136; Häsemeyer Rn. 10.06; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 81 Rn. 14; MünchKommInsO-Ott, § 81 Rn. 13; Smid, InsO, § 81 Rn. 5; Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 81 Rn. 7; Nerlich/Römermann-Wittowski, § 81 Rn. 12. Es handelt sich wohl gemerkt nicht um ein absolutes Verfügungsverbot, das nach § 134 BGB die Nichtigkeit zur Folge hätte, vgl. Soergel-Hefermehl, § 136 Rn. 5; Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 2; Staudinger-Kohler, § 135 Rn. 4; MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster, § 135 Rn. 7; Bamberger/Roth-Wendtland, § 135 Rn. 6. Eine absolut wirkende Verfügungsbeschränkung unterscheidet sich vom absoluten Verfügungsverbot dadurch, dass erstere durch eine Inhaltsbestimmung des betreffenden Rechts den Umfang des rechtlichen Könnens einer Person dadurch festlegt, dass sie die Wirksamkeit einer Verfügung an die Zustimmung eines Dritten knüpft, ohne welche die Verfügung absolut unwirksam ist. Während das Verbot i.S.d. § 134 BGB zum Schutz der Allgemeinheit ein Rechtsgeschäft untersagt, das der Handelnde zwar vornehmen kann, aber nicht vornehmen darf, handelt es sich bei Verfügungsbeschränkungen um eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmacht dahingehend, dass der Handelnde das betreffende Rechtsgeschäft schon nicht vornehmen kann, so dass es nicht um das rechtliche Dürfen, sondern bereits um das rechtliche Können geht, BGH, Urteil vom 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 184; Soergel-Hefermehl, § 136 Rn. 3, 5, 8; Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 2, 2a; Bamberger/Roth-Wendtland, § 136 Rn. 6 f. i.V.m. § 134 Rn. 15 f. Daraus erklärt sich auch, dass absolute Verfügungsverbote – weil die Verfügung als solche zum Schutz der Allgemeinheit nichtig ist – einer Heilung nach § 185 II BGB nicht zugänglich sind, Soergel-Hefermehl, § 136 Rn. 5, während absolut wirkende Verfügungsbeschränkungen schon wegen ihrer Rechtsnatur einer Zustimmung bzw. Genehmigung zugänglich sind, Soergel-Hefermehl, § 136 Rn. 3, 8; Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 8; vgl. speziell zu § 81 InsO: Begründung zu § 92 RegEInsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 136; Häsemeyer, Rn. 10.11; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 81 Rn. 18; Smid, InsO, § 81 Rn. 7; Nerlich/Römermann-Wittowski, § 81 Rn. 15; zur Konkursordnung bereits Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 26. Bei § 81 InsO ist gerade dieses rechtliche Können betroffen, mithin fehlt schon die Gestaltungsmacht im Sinne einer absolut wirkenden Verfügungsbeschränkung.

Die Verfügungsbeschränkung des § 81 InsO fällt nicht unter §§ 135, 136 BGB. Zwar gehen Verfügungsverbote im Sinne dieser Vorschriften grundsätzlich über Verfügungsbeschränkungen hinaus, weil sie die Verfügung als solche verbieten, unabhängig davon, ob der Rechtsinhaber zur Verfügung befugt ist oder nicht, Soergel-Hefermehl, § 136 Rn. 3. Doch wirkt § 81 InsO nach richtiger Auffassung absolut gegenüber jedermann und geht daher bedeutend weiter als die Wirkung eines relativen Verfügungsverbots im Sinne der §§ 135, 136 BGB, Soergel-Hefermehl, § 136 Rn. 14; Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 2a; Bamberger/Roth-Wendtland, § 135 Rn. 7. Da die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen in ihrer Wirkung einem absoluten Verfügungsverbot gleichkommen, werden sie gelegentlich – dogmatisch unsauber – ebenfalls als absolute Verfügungsverbote bezeichnet, BGH, Urteil vom 13.11.1963, BGHZ 40, 218, 219, vgl. Palandt-Heinrichs, § 136 Rn. 2a.

¹⁶¹⁷ Kübler/Prütting-Lüke, § 81 Rn. 14; von Olshausen, ZIP 1998, 1093, 1094; Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 81 Rn. 7; Nerlich/Römermann-Wittowski, § 81 Rn. 12 f.

Es besteht somit ein entscheidender Unterschied zur Ausgangssituation im Falle der Pfändung. Die Abtretung ist nämlich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nur gegenüber dem Insolvenzverwalter unwirksam, so dass der Gesellschafter zwar verfügen könnte jedoch nicht mit voller Wirkung, sondern eine Verfügung ist für diesen gänzlich unmöglich. Geht man somit von der Rechtslage aus, wie sie sich nach dem Wortlaut des § 81 InsO darstellt, so kommt die Aufnahme einer Abtretungsklausel jedenfalls als sinnvolle Alternative zur Zwangseinziehung scheinbar nur bedingt in Frage. Die Erfüllung einer aus der Abtretungsklausel folgenden Abtretungsverpflichtung steht damit unter der Prämisse einer Zustimmung oder Genehmigung durch den nunmehr allein verfügungsberechtigten Insolvenzverwalter.¹⁶¹⁸

(bb) Teleologische Reduktion des § 81 InsO¹⁶¹⁹

Eine wirkliche Alternative zur Zwangseinziehung und eine Möglichkeit zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters anstelle des Ausscheidenden kann die Abtretung daher nur dann bieten, wenn für diesen Fall die absolute Verfügungsbeschränkung des § 81 InsO nicht greift. Die Beurteilung dieser Frage ist im Rahmen der insolvenzbedingten Abtretung von gerade existenzieller Bedeutung. Während im Falle der Pfändung die Abtretung möglich war und lediglich die Frage aufgeworfen wurde, ob aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 829 I 2 ZPO die Abtretung wirksam – mit oder ohne Bestehenbleiben des Pfändungspfandrechts – auch gegenüber dem Pfändungsgläubiger möglich ist, greift die Problematik im Rahmen der Insolvenz an einem früheren Punkt, nämlich bei der Frage, ob eine Abtretung überhaupt möglich ist.

Es liegt zwar auch hier eine Argumentation parallel zur Pfändung nahe, die darauf abstellt, dass bei strikter Anwendung des § 81 InsO sogar für die Insolvenzmasse und damit für die Gläubiger günstige Verfügungen untersagt werden. Diese Argumentation greift allerdings zu kurz. Sie ist freilich nahe liegend, zumal das Insolvenzverfahren letztlich als Gesamtvollstreckungsmaßnahme dem Bereich der Zwangsvollstreckung zuzuordnen ist.¹⁶²⁰

Eine solche Argumentation muss aber den Besonderheiten des Insolvenzrechts gerecht werden. Schon wegen der unterschiedlichen Wirkung der Bestimmungen – relativ im Falle des § 829 I 2 ZPO, absolut im Falle des § 81 InsO – verbietet es sich, beide Fälle pauschal „in einen Topf“ zu werfen.¹⁶²¹ Man kommt folglich nicht umhin, auch im Falle des § 81 InsO genau auf die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion einzugehen.

Für die Annahme einer teleologischen Reduktion des § 81 InsO ist eine verdeckte Regelungslücke erforderlich. Das Gesetz muss mithin zwar eine anwendbare Regel enthalten, die aber ihrem Sinn und Zweck nach im konkreten Fall nicht passt, weil sie die Besonderheiten für die Wertung gerade dieser Fälle außer Acht lässt.¹⁶²² Die immanente Teleologie des § 81 InsO muss somit entgegen dem Wortsinn eine Einschränkung gebieten, die im Gesetzestext nicht enthalten ist. Die Norm müsste sich mit anderen Worten auf solche Fälle reduzieren lassen, die dem Bestand der Masse und der Befriedigung der Gläubiger abträglich sind, so dass die Masse nicht beeinträchtigende Verfügungen auszunehmen wären. Die Annahme einer solchen Beschränkung war jedoch schon zu § 7 KO umstritten.¹⁶²³

In der neueren Literatur zu § 81 InsO wird allerdings vielfach eine Beschränkung der Bestimmung entsprechend ihrem Zweck vorgenommen, der in der Sicherung der Insolvenzmasse zu sehen sei. Die Beschränkung des Schuldners könne nicht weiter reichen, als es der Masseschutz als Insolvenzziel erfordere.¹⁶²⁴ Demzufolge sei eine Verfügung über einen Massegegenstand etwa dann nicht unwirksam, wenn das restliche Vermögen zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger ausreicht. Gleiches solle für Verfügungen unter der aufschiebenden Bedingung des Rückerwerbs der Verfügungsmacht durch den Schuldner gelten.¹⁶²⁵ Entsprechendes müsse generell für nicht beeinträchtigende Verfügungen gelten.¹⁶²⁶

Fraglich ist, ob dem zu folgen ist. Als Ausgangspunkt für eine Beurteilung sollen die Motive zur Konkursordnung dienen. Diese führen bezüglich einer Bestimmung, die auf für die Masse nachteilige Rechtshandlungen beschränkt ist, Folgendes aus:

Eine solche Bestimmung würde jedoch unzweckmäßig und gefährlich sein; gefährlich, weil sie dem Gemeinschuldner einen willkommenen Titel zur Einmischung bieten würde, und unzweckmäßig, weil sich nicht bei jeder Handlung von vornherein übersehen ließe, ob und inwieweit sie die Masse benachteiligen wird oder nicht. Das Gesetz gestattet dem Gemeinschuldner gar keine Einwirkung auf die Masse, und eine jede muss

¹⁶¹⁸ Vgl. Fn. 1601 und 1616.

¹⁶¹⁹ Vgl. zur Rechtsfigur der teleologischen Reduktion, insbesondere auch im Hinblick auf die Abgrenzung zur restriktiven Auslegung ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(3), S. 140.

¹⁶²⁰ Häsemeyer Rn. 2.0.1; Hess/Weis/Wienberg-Weis, Vor § 1 Rn. 2.

¹⁶²¹ So aber Kranz, S. 205 ff.; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 94.

¹⁶²² Soergel-Hefermehl, Anh. § 133 Rn. 12 ff.; Palandt-Heinrichs, Einleitung Rn. 39 f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 198, 210 f.

¹⁶²³ Dafür RG, Urteil vom 29.4.1938, RGZ 157, 294, 295; Zunft, NJW 1956, 735, 736; vgl. auch die Nachweise zur älteren Literatur bei Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 14; dagegen Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 9; Kilger/Karsten Schmidt, § 7 Anm. 1 b); Petersen/Kleinfeller, KO, § 7 Anm. I.A.2); Sarwey/Boßert, KO, § 7 Anm. 1 a. E.

¹⁶²⁴ Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 81 Rn. 15; Smid, InsO, § 81 Rn. 6; Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 81 Rn. 7; Nerlich/Römermann-Wittkowski, § 81 Rn. 12.

¹⁶²⁵ Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Rn. 38; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 81 Rn. 15.

¹⁶²⁶ Parallel zur Rechtslage im Falle der Pfändung, müsste sich daran die Frage anschließen, ob nun die Fortsetzung des Insolvenzbeschlags am Abfindungserlös oder am Geschäftsanteil selbst teleologisch indiziert ist.

daher nichtig sein. Wenn trotzdem durch eine solche Einwirkung ein Vorteil für die Konkursmasse erreicht worden ist, so wird der Verwalter gewiß nicht den Vorteil zurückweisen.¹⁶²⁷

Nur dann, wenn sich Argumente für eine Beschränkung finden lassen, welche die bereits im Rahmen der Gesetzgebung zur Konkursordnung vorgebrachten Bedenken widerlegen, kommt eine teleologische Reduktion in Betracht. Ein Ansatzpunkt könnte sich aus dem Verhalten des Gesetzgebers der InsO ergeben,¹⁶²⁸ der im Gegensatz zum Gesetzgeber der Konkursordnung durch die Einführung der §§ 270 ff. InsO die Möglichkeit für den Insolvenzschuldner eröffnet hat, in Eigenverwaltung über das Massevermögen zu verfügen, so dass ein Nebeneinander von Insolvenzverfahren und massebezogenem Verhalten des Schuldners nicht mehr ausgeschlossen ist.¹⁶²⁹ Dieser Ansatzpunkt liefert jedoch den Befürwortern einer Begrenzung nur auf den ersten Blick ein Argument für ihre Auffassung. Geht man genauer auf die Systematik der InsO ein, so ergibt sich freilich ein anderes Bild. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die Eigenverwaltung nach überwiegender Meinung – wie schon dem Gesetzgeber durchaus bewusst¹⁶³⁰ – erhebliche Risiken für die Insolvenzmasse und damit für die Befriedigung der Gläubiger in sich birgt, so insbesondere die Gefahr der Verzögerung des Verfahrens, § 270 II Nr. 3 InsO.¹⁶³¹ Genau genommen ist ein Abstellen auf die Bestimmungen der Eigenverwaltung nach der – zumindest noch – herrschenden Meinung gerade Wind auf die Mühlen derer, die eine teleologische Reduktion ablehnen, da nach § 270 II Nr. 3 InsO die Anordnung der Eigenverwaltung unter der Prämisse steht, dass diese nicht zu einer Benachteiligung der Gläubiger führen wird und unter diesem Gesichtspunkt die bereits erfolgte Anordnung wieder aufgehoben werden kann, § 272 I Nr. 2 InsO. Daraus folgert die h.M., dass die Eigenverwaltung die Ausnahme für besonders gelagerte Fälle, mithin die alleinige Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters der Regelfall ist.¹⁶³²

Es stellt sich zwar die Frage, ob die teils heftige Kritik an der Eigenverwaltung wirklich gerechtfertigt ist. So ist etwa die Rede davon, ein Insolvenzverfahren ohne Insolvenzverwalter sei ein Widerspruch in sich,¹⁶³³ oder davon, dass über die Eigeninsolvenz der „Bock zum Gärtner“ gemacht werde.¹⁶³⁴ Dieser überzogenen Kritik kann schon deshalb nicht beigepliziert werden, weil das Grundelement der Eigenverwaltung, nämlich die weitgehend selbständige und lediglich überwachte Verfügungsbefugnis des Schuldners, dem früheren Vergleichsrecht zur Abwendung des Konkurses entspricht, vgl. §§ 39 ff. 56 ff. VerglO.¹⁶³⁵ Betrachtet man dagegen auch die Vorteile, die die Möglichkeit der Eigenverwaltung etwa für die Lösung von Unternehmenskrisen vor allem bei Großinsolvenzen bietet,¹⁶³⁶ so relativiert sich die Kritik. Gefahren für die Gläubiger lassen sich zwar nicht abstreiten, zumal es schließlich der Schuldner selbst war, der sich in die insolvente Lage manövriert hat. In die Überlegung einbezogen werden müssen allerdings auch die verschiedenen Schutzmechanismen, die die Insolvenzordnung vorsieht. Zu denken ist vor allem an die Kontrolle des Schuldners durch den Sachwalter (§ 270 III 1 InsO), der insbesondere Kompetenzen nach §§ 274 II, 22 III und § 280 InsO hat, sowie an den Gläubigerausschuss (vgl. § 276 InsO).¹⁶³⁷ Der Sachwalter seinerseits steht wiederum unter der Aufsicht durch das Insolvenzgericht, § 274 I iVm. § 58 InsO. Letztlich stellt die Entscheidung für die Eigenverwaltung immer ein Überwiegen der Chancen vor den Risiken dar und setzt demzufolge notwendigerweise eine gerechte Abwägung voraus.¹⁶³⁸ Die Annahme eines Regel- Ausnahmeprinzips dahingehend, dass die Anordnung der Eigenverwaltung die absolute Ausnahme sein muss, ist vor diesem Hintergrund daher nicht gerechtfertigt. Sie steht im Übrigen auch nicht im Einklang mit den Bestimmungen, welche die Eigenverwaltung regeln. Es ist die Anordnung der Eigenverwaltung nach richtiger Auffassung keine Ermessensentscheidung. Vielmehr hat das Insolvenzgericht dann, wenn die Voraussetzungen nach § 270 II InsO erfüllt sind, die Eigenverwaltung anzuordnen.¹⁶³⁹ Die Frage des Verhältnisses der Eigenverwaltung zum Regelinsolvenzverfahren kann letztlich offen bleiben. Selbst, wenn man die Eigenverwaltung nicht nur auf besondere Ausnahmefälle beschränkt, ergeben sich daraus für die Befürworter einer Begrenzung des § 81 InsO keine Argumente. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sich letztlich die Eigenverwaltung zum Regelinsolvenzverfahren gerieren würde.¹⁶⁴⁰ Dem steht jedoch schon entgegen, dass eine Verdrängung des Insolvenzverfahrens mit Insolvenzverwalter an den hohen Anforderungen scheitert, die § 270 II InsO an die Anordnung einer Eigeninsolvenz knüpft. Zu nennen ist hier insbesondere die Nachteilsprognose nach § 270 II Nr. 3 InsO, die indi-

¹⁶²⁷ Motive zur Konkursordnung, S. 37, abgedruckt bei *Hahn*, Materialien, S. 62.

¹⁶²⁸ Vgl. zu diesem Ansatz *Köhn*, Veräußerungsgeschäfte, S. 106.

¹⁶²⁹ In ihren Grundstrukturen ist die Eigenverwaltung dem bisherigen Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nachgebildet, vgl. *Häsemeyer* Rn. 8.03 m.w.N.

¹⁶³⁰ Vgl. Begründung zum RegEInsO, BT-Ds. 12/2243, S. 224.

¹⁶³¹ *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1992, 657, 658; *Grub*, WM 1994, 880, 881; *Köhn*, Veräußerungsgeschäfte, S. 106; *Leipold-Leipold*, Eigenverwaltung, S. 165 ff.; *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, InsO, § 270 Rn. 1 f., der allerdings auch auf die Vorteile hinweist, die das Institut der Eigenverwaltung eröffnet; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2137 ff.

¹⁶³² AG Darmstadt, Beschluss vom 20.2.1999, ZIP 1999, 1494, 1495; vgl. auch schon die Begr. zum RegEInsO, BT-Ds. 12/2443, S. 222 sowie den Bericht des Rechtsausschusses zu § 331 RegEInsO, BT-Ds. 12/7302, S. 185; *Bork* Rn. 401; *Häsemeyer* Rn. 803; *Rattunde*, ZIP 2003, 596; *Uhlenbruck*, NZI 1998, 1, 7; *Vallender*, WM 1998, 2129, 2139. Im Verbraucherinsolvenzverfahren, §§ 304 ff. InsO, ist die Eigenverwaltung bereits kraft Gesetzes ausgeschlossen, § 312 III InsO.

¹⁶³³ Vgl. *Leipold-Leipold*, Eigenverwaltung, S. 165, 168.

¹⁶³⁴ Vgl. *Bork* Rn. 401.

¹⁶³⁵ *Häsemeyer* Rn. 8.03 m.w.N.; *Huhn* Rn. 1265.

¹⁶³⁶ *Buchalik*, NZI 2000, 294 ff.; *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, InsO, § 270 Rn. 2.

¹⁶³⁷ Vgl. *Huhn* Rn. 1242 ff.

¹⁶³⁸ *Huhn* Rn. 1239.

¹⁶³⁹ Vgl. ausführlich *Huhn* Rn. 401 ff. Rn. 1275; *Uhlenbruck-Uhlenbruck*, InsO, § 270 Rn. 17; *MünchKommInsO-Wittig*, § 270 Rn. 8.

¹⁶⁴⁰ Davon geht *Grub*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, Rn. 31, für mittlere und größere Wirtschaftsunternehmen aus.

viduell für jede Insolvenz zu erstellen ist.¹⁶⁴¹ Die Möglichkeit der Anordnung der Eigenverwaltung liefert somit im Hinblick auf die Frage einer teleologischen Reduktion des § 81 InsO keiner Seite Argumente an die Hand. Sie ist somit allenfalls ein „neutrales“ Argument, das weder für, noch gegen eine Beschränkung spricht.

Ein Ansatzpunkt für eine teleologische Reduktion kann sich daher nur aus dem Gesichtspunkt ergeben, dass eine für die Masse vorteilhafte Verfügung letztlich zu einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger führt, mithin dem Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens gerecht wird, das nach der Wertung des § 1 InsO eben auf eine gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger gerichtet ist.¹⁶⁴² Dies mag freilich auf den ersten Blick plausibel klingen. Es schließt sich jedoch sofort die Frage an, wann eine für die Masse günstige Verfügung vorliegt. Dies ist keinesfalls immer leicht zu entscheiden.¹⁶⁴³ Zu denken ist etwa an die schwierige Problematik der Beurteilung von Altlastengrundstücken,¹⁶⁴⁴ deren Veräußerung insbesondere aufgrund der die Insolvenzmasse möglicherweise belastenden Haftung des Insolvenzverwalters als Zustandsstörer¹⁶⁴⁵ vorteilhaft sein kann, aber nicht muss, wenn etwa die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung ohne großen Aufwand möglich ist.¹⁶⁴⁶

Zugegebenermaßen stellt sich die Frage, wann eine Verfügung günstig ist, auch im Falle der Pfändung. Letztlich ist denn auch das eigentliche Argument gegen eine Beschränkung weniger in darin zu sehen, welche Schwierigkeiten die Beurteilung des Vorteils mit sich bringt, als vielmehr darin, durch wen diese nach der gesetzgeberischen Wertung zu erfolgen hat. Dies zeigt, dass ein Abstellen allein auf die Tatsache eines rechtlichen Vorteils nur auf den ersten Blick mit den Wertungen der InsO vereinbar ist. Eine Beschränkung des § 81 InsO auf nachteilige Verfügungen lässt sich nicht in Einklang bringen mit der herausgehobenen Stellung, welche die InsO dem Insolvenzverwalter beimisst sowie der Funktion des Gläubigerausschusses,¹⁶⁴⁷ dem nach § 69 InsO die Unterstützung der Geschäftsführung des Insolvenzverwalters sowie vor allem deren Überwachung obliegt.¹⁶⁴⁸ Ganz im Gegensatz zur Rechtslage bei der Pfändung verbleibt beim Schuldner kein Rest an Verfügungsbefugnis. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens belegt den Schuldner nicht nur mit einem relativen Verfügungsverbot, sondern entzieht ihm die Verfügungsbefugnis über die Masse schlechthin. Die Gläubiger haben nicht nur ein Recht darauf, dass die Masse zu ihren Gunsten verwertet wird, sondern es wird im Interesse der Gläubiger mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die ausschließliche Verfügungsbefugnis über die in die Masse fallenden Gegenstände auf den Insolvenzverwalter übergeleitet.¹⁶⁴⁹

Während der mit einem bloßen relativen Verfügungsverbot belastete Pfändungsschuldner Verfügungsbefugter bleibt, ist der Gemeinschuldner zur Verfügung gänzlich unberechtigt, mithin ein Nichtberechtigter im Sinne des § 185 BGB, der auch nicht zugunsten der Insolvenzmasse verfügen kann.¹⁶⁵⁰ Seine Verfügungsbefugnis steht dem Insolvenzverwalter nach § 80 InsO zu. Jede Beschränkung des § 81 InsO muss somit auch im Lichte einer damit einhergehenden Einschränkung des § 80 InsO gesehen werden. Dies hat notwendig zur Folge, dass eine Beschränkung des § 81 InsO auf die Masse beeinträchtigende Verfügungen ausgeschlossen ist. Nach der Wertung des § 80 InsO muss die Beurteilung der Nützlichkeit einer Verfügung allein dem pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzverwalters vorbehalten bleiben, weil dieser nur dann in der Lage ist, seine Aufgaben eigenverantwortlich zu erfüllen.¹⁶⁵¹ Selbst ein vorteilhaftes Geschäft kann daher nicht schon als solches, sondern nur aufgrund einer – auch konkludenten – Genehmigung des Insolvenzverwalters für die Masse wirken. Es entscheidet somit nur der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, nicht dessen Inhalt.¹⁶⁵²

Für dieses Ergebnis können auch praktische Erwägungen angeführt werden. So würde die Verwaltung der Masse für den Insolvenzverwalter, der gerade eine optimale Verwertung zur Befriedigung der Gläubiger bewerkstelligen soll, wesentlich erschwert. Dieser könnte die ihm zukommende Aufgabe nur dann ordnungsgemäß erfüllen, wenn er sich bei allen Maßnahmen vor Durchführung dahingehend absichert, ob nicht bereits der Schuldner selbst – weil günstig für die Masse – eine entsprechende Verfügung vorgenommen hat.¹⁶⁵³ Insoweit lassen sich die Bedenken, die bereits den historischen Gesetzgeber von einer Wortlautbeschränkung des § 7 KO Abstand nehmen ließen, auch hinsichtlich der nunmehr geltenden Bestimmungen der InsO nicht widerlegen.¹⁶⁵⁴ Eine andere Auffassung würde darüber hinaus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nur ungenügend Rechnung tragen. Für die

¹⁶⁴¹ Huhn Rn. 1278.

¹⁶⁴² Vgl. Köhn, Veräußerungsgeschäfte, S. 106 f. Vgl. ausführlich zum Sinn und Zweck oben Fn. 1556.

¹⁶⁴³ Vgl. Köhn, Veräußerungsgeschäfte, S. 107.

¹⁶⁴⁴ Vgl. die Legaldefinition für Altlasten in § 2 V BBodSchG.

¹⁶⁴⁵ Vgl. insbesondere die Verantwortlichkeit für die sich aus §§ 4 I, II BBodSchG ergebenden Pflichten nach § 4 III BBodSchG. Der Insolvenzverwalter ist als nach § 80 InsO alleiniger Verfügungsberechtigter unter den polizeirechtlichen Voraussetzungen auch richtiger Adressat eines entsprechenden Verwaltungsaktes, Nerlich/Römermann-Andres, § 55 Rn. 66.

¹⁶⁴⁶ Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert nichts an den polizeirechtlichen Pflichten, die die Masse betreffen; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 80 Rn. 52. Vgl. zu der umstrittenen Problematik, ob und ab welchem Zeitpunkt die Zustandshaftung vom Insolvenzverwalter mit Massemitteln zu erfüllen ist, insbesondere was die Kosten einer etwaigen Ersatzvornahme betrifft sowie zu der Frage, inwieweit sich der Insolvenzverwalter durch Freigabe von seiner Verantwortung bzw. Pflichtigkeit befreien kann, ausführlich BGH, Urteil vom 5.7.2001, ZIP 2001, 1469, 1471 m.w.N. auf die Rechtsprechung; Urteil vom 18.4.2002, ZIP 2002, 1043, 1045; Nerlich/Römermann-Andres, § 55 Rn. 65 ff.; Kübler/Prütting-Lüke, InsO, § 80 Rn. 53; MünchKommInsO-Ott, § 80 Rn. 142 ff.; Smid, InsO, § 55 Rn. 16 ff.; Uhlenbruck-Uhlenbruck, InsO, § 80 Rn. 119 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen. Vgl. zur Zulässigkeit insolvenzfreien Vermögens bereits oben Fn. 1555.

¹⁶⁴⁷ Vgl. § 67 InsO.

¹⁶⁴⁸ FrankKommInsO-App, § 81 Rn. 4; Köhn, Veräußerungsgeschäfte, S. 107; MünchKommInsO-Ott, § 81 Rn. 16; ablehnend auch von Olshausen, ZIP 1998, 1093, 1097.

¹⁶⁴⁹ Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 17.

¹⁶⁵⁰ Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 17; vgl. ausführlich oben Fn. 1616.

¹⁶⁵¹ FrankKommInsO-App, § 81 Rn. 4; Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 2.

¹⁶⁵² FrankKommInsO-App, § 81 Rn. 4; Häsemeyer Rn. 10.11; Jaeger-Henckel, KO, § 7 Rn. 2.

¹⁶⁵³ Köhn, Veräußerungsgeschäfte, S. 107 f.

¹⁶⁵⁴ Vgl. von Olshausen, ZIP 1998, 1093, 1097.

Vertragspartner des Schuldners und damit für den Rechtsverkehr wäre bei massebezogenen Verfügungen nie klar, ob nun eine wirksame Verfügung stattgefunden und tatsächlich ein Rechtsübergang erfolgt ist oder nicht. Ein solcher Grad an Ungewissheit ist dem Rechtsverkehr nicht zumutbar.¹⁶⁵⁵

Es bleibt somit festzuhalten, dass eine Beschränkung des § 81 InsO auf Verfügungen zu Lasten der Insolvenzmasse und damit der Gläubiger nach der hier vertretenen Auffassung durch die immanente Teleologie der Bestimmung gerade nicht geboten ist. Die Wirksamkeit einer Verfügung für die Masse steht somit unter der Prämisse einer Genehmigung entsprechend § 185 II BGB durch den Insolvenzverwalter als einzig Verfügungsberechtigtem nach § 80 InsO. Befürchtungen, dass eine Orientierung am Wortlaut der Bestimmung zu einem Nachteil für die Masse führen könnte, sind nicht angebracht. Der Insolvenzverwalter wird schon im Hinblick auf die ansonsten drohende Haftung nach § 60 InsO Verfügungen, die für die Masse von Vorteil sind, kraft seiner Verfügungsgewalt genehmigen, da er sich bei seiner Entscheidung hinsichtlich einer Genehmigung an den Gläubigerinteressen und dem Insolvenzziel orientieren wird bzw. muss.¹⁶⁵⁶

(2) Rechtsfolgen der nur eingeschränkten Abtretungsmöglichkeit

Die Tatsache, dass für die Wirksamkeit einer Abtretung im Falle der Insolvenz ungleich höhere Hürden als bei der Pfändung überwunden werden müssen, muss bei der Aufnahme einer Abtretungsklausel parallel zur Rechtslage bei der Pfändung berücksichtigt werden. Es muss mit anderen Worten auch einkalkuliert werden, wie die Interessen der Gesellschafter gewahrt werden können, wenn die Abtretung am Widerstand des Insolvenzverwalters scheitert, die Gesellschafter mithin auf die Einziehung des Geschäftsanteils beschränkt sind. Es stellt sich daher die Frage, wie die Mitgesellschafter die Schwächen der Einziehungsregelung überwinden können.

(a) Einhaltung der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsbestimmungen

Eine Schwäche der Einziehung besteht darin, dass die Einziehung in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsbestimmungen steht. Es bleibt den Gesellschaftern hier nur die Möglichkeit, komplizierte Vertragsgestaltungen in Kauf zu nehmen, um die Anforderungen der Kapitalbestimmungen gerecht werden zu können. Eine nicht geringe Abhilfe ist allerdings durch die Entscheidung des BGH vom 30.6.2003 erfolgt. So besteht nunmehr für Fälle der erst nachträglich ersichtlich werdenden Konfrontation mit den Kapitalerhaltungsbestimmungen die Möglichkeit, den Zeitpunkt des Ausscheidens dennoch gesellschaftsvertraglich vorzuverlegen, mithin die Schwebelage zu beseitigen.¹⁶⁵⁷

(b) Problematik der Aufnahme eines neuen Gesellschafters

Die nur eingeschränkte Abtretungsmöglichkeit wird aber auch an anderer Stelle bemerkbar, wurde sie doch vor allem auch deshalb in die Satzung aufgenommen, um den Gesellschaftern eine Übertragung des von der Pfändung betroffenen Geschäftsanteils auf einen ihren Interessen gerecht werdenden Dritten zu ermöglichen. Dies wird vor allem relevant vor dem Hintergrund einer infolge Einziehung zumindest faktischen Anwachsung¹⁶⁵⁸ nicht nur der Rechte, sondern auch der Pflichten und damit notwendig auch der Haftung der verbleibenden Gesellschafter, vgl. §§ 24, 31 III GmbHG. Eine Herstellung der vor der Einziehung bestehenden Beteiligungsverhältnisse ist jedoch auch ohne Abtretung möglich. Die Gesellschafter haben im Falle der Einziehung nicht nur die Möglichkeit, die mit der Einziehung entstehende Diskrepanz zwischen der Summe der verbleibenden Nennwerte und dem unverändert gebliebenen Stammkapital durch einen Aufstockungsbeschluss auszugleichen,¹⁶⁵⁹ sondern können vielmehr auch an Stelle des eingezogenen Geschäftsanteils einen neuen schaffen.¹⁶⁶⁰ Diesen neu gebildeten Geschäftsanteil kann die Gesellschaft zur Refinanzierung der Abfindungszahlung an einen Dritten veräußern. Die Veräußerung hat nämlich zur Folge, dass die mit der Einziehung entstehende faktische Erhöhung der Rechte und Pflichten der verbleibenden Gesellschafter wieder abwächst, weil die Rechte und Pflichten nur solange ruhen, wie der Anteil der Gesellschaft als eigener zusteht. Mit der Veräußerung an den Dritten leben jedoch die in dem Anteil enthaltenen Rechte wieder auf.¹⁶⁶¹ Letztlich wird damit genau die Situation geschaffen, die etwa bei der Pfändung im Wege der Abtretung – freilich weniger umständlich – erreicht wird.

(3) Auswirkungen der eingeschränkten Abtretungsmöglichkeit auf die Vertragsgestaltung

Fraglich im Hinblick auf die endgültige Vertragsgestaltung ist, ob nun hinsichtlich der Insolvenz des Gesellschafters nicht sogar gänzlich auf eine Abtretungsklausel in der Satzung verzichtet werden sollte. Dafür spricht, dass

¹⁶⁵⁵ Köhn, Veräußerungsgeschäfte, S. 107.

¹⁶⁵⁶ Vgl. schon die Motive zur Konkursordnung, S. 37, abgedruckt bei Hahn, Materialien, S. 62; Köhn, Veräußerungsgeschäfte, S. 107; MünchKommInsO-Ott, § 81 Rn. 17.

¹⁶⁵⁷ Vgl. hierzu ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125.

¹⁶⁵⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90 sowie 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4), S. 120.

¹⁶⁵⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(b), S. 121.

¹⁶⁶⁰ Vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(c), S. 122.

¹⁶⁶¹ Vgl. ausführlich oben Fn. 1197.

eine Abtretung nicht ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters möglich ist, mithin aufgrund seiner alleinigen Verfügungsbefugnis nach § 80 InsO von dessen Zustimmung abhängig ist. Ansonsten steht die absolut wirkende Verfügungsbeschränkung des § 81 InsO einer Wirksamkeit der Verfügung entgegen.¹⁶⁶²

Andererseits ist eben die Abtretung gerade aufgrund der Möglichkeit der Genehmigung entsprechend § 185 II BGB, zu deren Erteilung sich der Insolvenzverwalter bei einem vorteilhaften Geschäft schon aufgrund der Berücksichtigung der Gläubigerinteressen verpflichtet sehen wird, nicht ausgeschlossen. Es spricht daher viel dafür, dennoch die Abtretung auch für den Fall der Insolvenz des Gesellschafters vorzusehen. Dies darf freilich nicht unbesehen der Unterschiede zur Pfändung erfolgen, muss mit anderen Worten den Besonderheiten des Insolvenzrechts Rechnung tragen. Die Abtretung sollte daher von der Zustimmung des Insolvenzverwalters abhängig gemacht werden.

Da die Abtretungsverpflichtung als Nebenpflicht nach § 3 II GmbHG dem Gesellschaftsanteil anhaftet, mithin also auch nach Verwertung des Geschäftsanteils durch den Insolvenzverwalter weiter bestehen bleibt, wird sich, wie im Falle der Pfändung, auch hier ein Abnehmer nur schwer finden lassen, so dass die Zustimmung des Insolvenzverwalters zur Erfüllung der Abtretungsverpflichtung aus der satzungsrechtlichen Abtretungsklausel wohl die Regel sein wird.¹⁶⁶³ Es bleibt somit festzuhalten, dass sich hinsichtlich der Einräumung eines Erwerbsrechts zwar rechtlich im Vergleich zur Pfändung ein Unterschied ergibt, der jedoch faktisch aufgrund der Vorteilhaftigkeit einer Abtretung für die Insolvenzmasse weitgehend kompensiert wird.

(4) Stimmrecht des Insolvenzverwalters

Zwar kann nach der überwiegenden Meinung für den Fall der Insolvenz ein Ruhen des Stimmrechts angeordnet werden, so dass sich die Problematik, ob der Insolvenzverwalter bei der Beschlussfassung, betreffend die Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils, mit abstimmen kann, nicht stellen würde. Doch ist dies nicht unumstritten.¹⁶⁶⁴ Eine dahingehende Regelung wäre sogar entbehrlich, wenn sich ein Stimmrechtsausschluss des Insolvenzverwalters bereits aus der Tatsache ergibt, dass auch der Gesellschafter selbst bezüglich des Einziehungsbeschlusses, betreffend seinen eigenen Gesellschaftsanteil, vom Stimmrecht ausgeschlossen ist.¹⁶⁶⁵

Geht man vom Wortlaut des § 47 IV GmbHG aus, so erfasst das aus § 47 IV 1 1. Alt. und § 47 IV 2 2. Alt. GmbHG abgeleitete Verbot des Richtens in eigener Sache nur die Stimmabgabe des Gesellschafters im eigenen Namen oder für einen anderen, nicht dagegen die Stimmrechtsausübung durch einen Nichtgesellschafter.¹⁶⁶⁶

Richtigerweise muss man jedoch davon ausgehen, dass entsprechend § 136 I 2 AktG das Stimmverbot des § 47 IV GmbHG auch dann greift, wenn der selbst vom Stimmrecht ausgeschlossene Gesellschafter mittelbar oder unmittelbar vertreten wird oder das Stimmrecht durch einen Amtstreuhandler – wie einem Insolvenzverwalter – wahrgenommen wird, auch, wenn dieser selbst nicht „befangen“ ist. Es ist vom Grundsatz weitgehend unstrittig, dass der Stimmrechtsausschluss des Gesellschafters auf den Insolvenzverwalter durchschlägt.¹⁶⁶⁷

Streitig ist allerdings, inwieweit hierfür das Verhältnis maßgeblich ist, in welchem der das Stimmrecht Ausübende zum Gesellschafter steht. Teils wird dahingehend differenziert, dass nach dem Sinn und Zweck der Stimmverbote, diese nur auf diejenigen Nichtgesellschafter durchschlagen, die das Stimmrecht fremdnützig, also zumindest auch im Interesse des betroffenen Gesellschafters, ausüben. Dies ist gleichzeitig der kleinste gemeinsame Nenner.¹⁶⁶⁸ Nicht gelten soll dies dagegen für die eigennützige Vertretung und Treuhand. Sinn und Zweck des Stimmverbots nach § 47 IV GmbHG sei es, die Willensbildung in bestimmten Fällen von Sonderinteressen der Gesellschafter freizuhalten. Aus diesem Grund sei die Anwendung auf Nichtgesellschafter, die das Stimmrecht des ausgeschlossenen Gesellschafters wahrnehmen nur dann gerechtfertigt, wenn es sich um weisungsgebundenen Vertreter im Sinne des § 166 II BGB oder aber Vertreter handelt, die sich an den Interessen des Vertretenen zu orientieren haben. Dies sei gerade bei einem Amtstreuhandler, wie dem Testamentsvollstrecker oder dem Insolvenzverwalter, nicht der Fall. Hier habe der Erbe oder Gemeinschuldner eben keine Möglichkeit, seine Sonderinteressen bei der Stimmabgabe durch den Amtswalter einfließen zu lassen, weil Letztere nicht seinen Weisungen unterliegen, sie vielmehr ihr Amt gemäß dem Gesetz und, im Hinblick auf den Testamentsvollstrecker, dem Willen des Erblassers ausüben.¹⁶⁶⁹

Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Differenzierung danach, ob nun fremdnützig oder nicht, ist nicht praktikabel. Es gibt kaum eine völlig eigennützige Vertretung, da auch in diesen Fällen zumindest eine Interessenkollision droht und eine Rücksichtnahmepflicht auf den Interessenkreis des Vertretenen besteht. Auch die Tätigkeit eines Amtswalters ist nicht völlig losgelöst vom fremden Interessenkreis des Erben (für den Fall der Testamentsvoll-

¹⁶⁶² Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(1)(b)(aa), S. 164.

¹⁶⁶³ Vgl. zur Tatsache, dass eine Fortsetzung der Insolvenzbeschlagnahme am Abfindungserlös günstiger ist, bereits die Argumentation zur Pfändung oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(3)(c), S. 142.

¹⁶⁶⁴ Vgl. die Literaturhinweise oben Fn. 1575.

¹⁶⁶⁵ Vgl. zum Stimmrechtsausschluss des Gesellschafters selbst oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.

¹⁶⁶⁶ Hachenburg-Hüffer, § 47 Rn. 127; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 100; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 155. Vgl. zum Verbot des Richtens in eigener Sache oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd)103.

¹⁶⁶⁷ BGH, Urteil vom 29.3.1971, BGHZ 56, 47, 53; Urteil vom 12.6.1989, GmbHR 1989, 329, 331; OLG München, Urteil vom 21.9.1994, GmbHR 1995, 231; Groß, GmbHR 1994, 596, 599; Hachenburg-Hüffer, § 47 Rn. 127; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 56; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 15; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 47 Rn. 34; Roth/Altmeppen-Roth, § 47 Rn. 72; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 157; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 272; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 63.

¹⁶⁶⁸ Vgl. die Nachweise Fn. 1667.

¹⁶⁶⁹ Groß, GmbHR 1994, 596, 599 für den Testamentsvollstrecker, was sich problemlos auf den Insolvenzverwalter übertragen lässt; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 56.

streckung) oder des Gemeinschuldners (für den Fall des Insolvenzverfahrens) möglich. Gerade der hier in Frage stehende Insolvenzverwalter ist ein gutes Beispiel für die fehlende Abgrenzungsmöglichkeit. Dieser wird immer auch im Interessenkreis des Gemeinschuldners neben demjenigen seiner Gläubiger tätig, obwohl er nicht Interessenvertreter des Gemeinschuldners ist. Der Insolvenzverwalter wird insbesondere im Rahmen der Abwehr von Insolvenzforderungen bei einer den Gemeinschuldner betreffenden Entlastung eher wie ein „Richter in eigener Sache“ auftreten und nicht wie ein neutraler Gesellschafter entscheiden. Der Gegenauffassung kann auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht gefolgt werden. Der Versammlungsleiter müsste jeweils im Einzelfall von Beschlussgegenstand zu Beschlussgegenstand prüfen, in welchem Verhältnis der Nichtgesellschafter zu dem ausgeschlossenen Gesellschafter steht.¹⁶⁷⁰

Für den Insolvenzverwalter besteht somit möglicherweise ein doppeltes Stimmverbot. Er ist auch dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn zwar nicht in der Person des Gesellschafters, wohl aber in seiner Person ein Stimmverbot vorliegt. Der Wortlaut des § 47 IV GmbHG ist auch in dieser Hinsicht zu eng, wenn er dies auf Gesellschafter, die für einen anderen Gesellschafter tätig werden, beschränkt. Der Normzweck, Sonderinteressen bei der Beschlussfassung außen vor zu lassen, erfordert eine Anwendung auch auf den befangenen Vertreter oder Amtswalter.¹⁶⁷¹ Auch insoweit kann das Stimmverbot nicht davon abhängen, in welchem Verhältnis der Vertreter oder Amtswalter zu dem Gesellschafter steht.¹⁶⁷²

Der Insolvenzverwalter ist somit unabhängig von der Frage, ob die Anordnung des Ruhens des Stimmrechts zulässig ist, schon deshalb ausgeschlossen, weil es auch der Gesellschafter wäre. Eine aus Gründen der Rechtssicherheit dennoch zu empfehlende ausdrückliche Satzungsregelung hat rein deklaratorischen Charakter.

(5) Klauselformulierung

Für den Fall der Insolvenz muss die Einziehungs- und Abtretungsklausel¹⁶⁷³ in etwa wie folgt ergänzt werden:

§ 16 Einziehung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung die Einziehung eines Geschäftsanteils oder eines Teils eines Geschäftsanteils beschließen, wenn
 - a) der betreffende Gesellschafter zustimmt
 - b) ein Gläubiger eines Gesellschafters Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteils des Gesellschafters vornimmt und es den Inhabern des Geschäftsanteils nicht binnen 8 Wochen, spätestens bis zur Verwertung des Geschäftsanteils, gelungen ist, die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erreichen.
 - c) über das Vermögen eines Gesellschafters das (Nachlass)Insolvenzverfahren eröffnet ist und nicht binnen 8 Wochen wieder aufgehoben wird oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist.
 - d) ein Gesellschafter seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt
 - e) in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt
 - f) ...
 - g) ...
- (2)
- (3) Dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter bzw. dem Insolvenzverwalter in den Fällen des Absatz 1 c) steht kein Stimmrecht zu. Das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung sowie das Recht, sich vor der Beschlussfassung zu äußern, bleiben unberührt.
- (4) ...
- (5) Im Einziehungsbeschluss selbst oder auch in einem weiteren Beschluss kann die Gesellschafterversammlung eine Anpassung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter an das unverändert gebliebene Stammkapital beschließen, indem die Nennbeträge um den auf die verbleibenden Gesellschafter entfallenden Teil des eingezogenen Geschäftsanteils erhöht werden. Die von der

¹⁶⁷⁰ Hachenburg-Hüffer, § 47 Rn. 127; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 47 Rn. 38; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 107; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 158; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 63.

¹⁶⁷¹ BGH, Urteil vom 12.6.1989, GmbHR 1989, 329, 331; Groß, GmbHR 1994, 598 f.; Hachenburg-Hüffer, § 47 Rn. 128; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 15; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 47 Rn. 38; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 155; Wilhelm, S. 125; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S 272 f.; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 63; vgl. auch Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 55, der allerdings das Stimmverbot für den Insolvenzverwalter bereits aus der Tatsache ableitet, dass dieser im eigenen Namen handelt, also bereits unter den direkten Wortlaut der Vorschrift zu subsumieren ist. Dies geht aber wohl zu weit. Zwar handelt nach der herrschenden Amtstheorie der Insolvenzverwalter in der Tat im eigenen Namen [vgl. zur Amtstheorie bereits oben 2. Kapitel: V.2.a)bb), S. 159], doch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch nach dieser Theorie das Verhältnis zum Gesellschafter in allen praktischen Fällen dem eines gesetzlichen Vertreters entspricht, da die Rechtsfolgen schließlich auch den Gesellschafter treffen, Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 77. Vgl. zu der Frage, ob dann der Gesellschafter, für den kein Ausschlussgrund greift, zur Wahrnehmung des Stimmrechts berechtigt ist oder der Vertreter einen Untervertreter bestellen kann BGH, Urteil vom 12.6.1989, GmbHR 1989, 329, 331 m.w.N.; Groß, GmbHR 1994, 596, 599; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 155; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 273 f.; diese Problematik stellt sich in der vorliegenden Konstellation nicht, da auch der Gesellschafter selbst ausgeschlossen ist.

¹⁶⁷² Das ist kaum streitig, vgl. Michalski-Römermann, § 47 Rn. 103 f. sowie die Nachweise Fn. 1671; zweifelnd, soweit ersichtlich, nur Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 55.

¹⁶⁷³ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)hh), S. 144.

Gesellschafterversammlung beschlossene Aufstockung wird den verbleibenden Gesellschaftern durch die Geschäftsführung mittels eingeschriebenen Briefs erklärt und mit dessen Zugang wirksam. Stattdessen kann die Gesellschafterversammlung auch die Neubildung eines Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen beschließen. Für die Neubildung ist eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen erforderlich. Im Falle der Abtretung des neu gebildeten Geschäftsanteils durch die Gesellschaft findet § 14 Absatz 1 bis 5 mit der Maßgabe Anwendung, dass an die Stelle des Gesellschafters in § 14 Absatz 2 a) der oder die Geschäftsführer tritt/treten. Bei Abtretung an zur Übernahme bereite Gesellschafter ist zur Teilung des Geschäftsanteils eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich. Im Übrigen bleibt § 17 GmbHG unberührt.

- (6) *Soweit die Einziehung eines Geschäftsanteils gemäß Absatz 1 zulässig ist, ist die Gesellschafterversammlung unwiderruflich ermächtigt, stattdessen in notariell beurkundeter Form die Übertragung des Geschäftsanteils oder von Teilen davon auf die Gesellschaft, auf Mitgesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung oder einem anderen von den übernehmenden Mitgesellschaftern gewünschten Verhältnis, oder auf einen Dritten beschließen. Absätze 3 und 4 finden entsprechende Anwendung. § 14 gilt mit Ausnahme dessen Absatz 2, soweit er etwaige darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse enthält. Bei Abtretung an zur Übernahme bereite Gesellschafter ist zur Teilung des Geschäftsanteils eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich. Im Übrigen bleibt § 17 GmbHG unberührt. Die Abtretung an einen an der Beschlussfassung nicht beteiligten Erwerber wird erst wirksam, wenn der Erwerber das in dem notariellen Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot in notarieller Form annimmt. Die Mitgesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger trifft bei Abtretung des Geschäftsanteils an sie eine Übernahmepflicht.*

Die Abtretung des Geschäftsanteils in den Fällen des Absatz 1 c) bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Insolvenzverwalters.

- (7) ...¹⁶⁷⁴

cc) Gestaltung des KG-Vertrages

(1) Vorüberlegungen

Auch in der KG muss für den Fall der Insolvenz gesellschaftsvertraglich vorgesorgt werden. Es geht – parallel zur Problematik der Pfändung des Geschäftsanteils – darum, den KG-Vertrag an die Möglichkeiten, die in der GmbH-Satzung vorgesehen werden, anzupassen. Es kann hier auf die Behandlung der Problematik im Rahmen der Pfändung¹⁶⁷⁵ verwiesen werden, allerdings unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Insolvenzrechts. Es bietet sich daher als Ausgangspunkt an, anstelle des automatischen Ausscheidens des Gesellschafters im Falle der Insolvenz des Gesellschafters aufgrund der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 2 HGB, eine Regelung vorzusehen, die für den Fall der Insolvenz den Gesellschaftern ein Wahlrecht einräumt, entweder den Ausschluss des Gesellschafters oder die Übertragung seines Geschäftsanteils auf einen oder mehrere der verbleibenden Gesellschafter oder auf einen Dritten zu beschließen. Eine Abbedingung der grundsätzlichen gesetzlichen Rechtsfolge des Ausscheidens des Gesellschafters nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB ist unproblematisch, da es sich bei den Ausscheidenstatbeständen um dispositives Recht handelt.¹⁶⁷⁶

Man muss allerdings berücksichtigen, dass anders als bei der Pfändung der Abtretung die absolut wirkende Verfügungsbeschränkung des § 81 InsO entgegensteht, die aufgrund der herausragenden Stellung, welche die InsO dem Insolvenzverwalter einräumt, auch nicht teleologisch auf Verfügungen beschränkt werden kann, die die Masse beeinträchtigen und damit die Gläubiger benachteiligen.¹⁶⁷⁷ Es spricht dennoch aufgrund der Tatsache, dass der Insolvenzverwalter einer entsprechenden Verfügung – weil vorteilhaft für die Masse¹⁶⁷⁸ – seine Zustimmung erteilen wird, auch in der KG-Vertragsgestaltung viel für die Aufnahme einer Abtretungsklausel. Zu berücksichtigen ist allerdings die Tatsache, dass die Erfüllung der Abtretungsklausel stets unter der Prämisse der Mitwirkung des Insolvenzverwalters steht, mithin die Abtretung an diese zu knüpfen ist.

Ist der Insolvenzverwalter zu diesem Mitwirkungsakt allerdings nicht bereit und steht somit einer Abtretung das Verfügungsverbot des § 81 InsO entgegen, so bleibt den Gesellschaftern nur die Möglichkeit, den Gesellschafter auszuschließen. Entspricht die damit einhergehenden Anwachsung der Rechte und Pflichten nach §§ 161 II, 105 III HGB iVm. 738 I 1 BGB nicht ihren Interessen, weil sie letztlich den ursprünglichen Umfang der Rechte und Pflichten beibehalten wollen, bleibt ihnen nur die Möglichkeit, einen neuen, ihren Vorstellungen entsprechenden Gesellschafter aufzunehmen. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft haben nicht die Möglichkeit der Neubildung eines Geschäftsanteils wie im GmbH-Recht.¹⁶⁷⁹ Dies folgt daraus, dass es bei Ersteren im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften eben kein präzise in Anteile zerlegtes Garantiekapital gibt, das vom Bestand der Gesellschafter unabhängig ist, sondern vielmehr beruhen Personengesellschaften auf einer vom Willen der Gesellschafter abhängigen Vertragsverbindung weniger oder vieler Personen. Aus diesem Grund gibt es bei ihnen auch

¹⁶⁷⁴ Vgl. zu Absätzen 2, 4, 7 oben 2. Kapitel: V.1.b)hh), S. 144.

¹⁶⁷⁵ Vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.c), S. 145.

¹⁶⁷⁶ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 83.

¹⁶⁷⁷ Vgl. oben ausführlich 2. Kapitel: V.2.b)bb)(1)(b)(bb), S. 165.

¹⁶⁷⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(3), S. 168.

¹⁶⁷⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(4)(c), S. 122.

die Technik des Ein- und Austritts mit der vermögensrechtlichen Folge der Ab- und Anwachsung.¹⁶⁸⁰ Es kann daher auch kein Gesellschaftsanteil gebildet werden – vergleichbar zum GmbH-Recht durch Teilabtretung und Zusammenlegung, weil eben die Anwachsung schon erfolgt ist¹⁶⁸¹ – da dieser nur mit dem Eintritt eines Gesellschafters durch eine Abwachsung der Rechte und Pflichten bei den übrigen Gesellschaftern erfolgen kann, mithin kein von einem Gesellschafter getrennter, gleichsam „isolierter“ Gesellschaftsanteil denkbar ist, der zunächst der Gesellschaft zusteht.

Die Herstellung der ursprünglichen Verhältnisse ist daher nur über die Aufnahme eines neuen Gesellschafters möglich, die grundsätzlich einen Aufnahmevertrag voraussetzt, an dem sämtliche bisherigen und der neue Gesellschafter mitwirken müssen, weil es sich insoweit um ein Grundlagengeschäft handelt.¹⁶⁸² Die Aufnahme erfolgt dagegen grundsätzlich ohne Beteiligung der Gesellschaft. Dieser Aufnahmevertrag ist zugleich Vertragsänderung hinsichtlich der der Gesellschaft bereits angehörenden Gesellschafter.¹⁶⁸³ Im Gesellschaftsvertrag können jedoch für die Aufnahme neuer Gesellschafter Erleichterungen vorgesehen werden. Zu denken ist dabei etwa an einen Mehrheitsbeschluss über die Aufnahme.¹⁶⁸⁴ Die überstimmte Minderheit ist dann verpflichtet, dem Abschluss des Aufnahmevertrags mit dem neuen Gesellschafter zuzustimmen.¹⁶⁸⁵ Es besteht auch die Möglichkeit, die Kompetenz zur Aufnahmeentscheidung einem Gesellschafter (etwa der Komplementär-GmbH und damit indirekt deren Geschäftsführer)¹⁶⁸⁶, einem Gesellschaftsorgan (etwa einem Beirat) oder sogar einem Dritten zu übertragen.¹⁶⁸⁷ Die Gesellschafter können zudem im Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft ermächtigen, den Aufnahmevertrag im Namen aller Gesellschafter oder im eigenen Namen mit Wirkung für alle Gesellschafter zu schließen.¹⁶⁸⁸

Es muss allerdings bei all diesen Überlegungen genau differenziert werden zwischen der Kompetenz zur Entscheidung über die Aufnahme und dem Abschluss des Aufnahmevertrages. Der Kompetenz zur Entscheidung über die Aufnahme ist diejenige zum Vollzug durch Abschluss des Aufnahmevertrages nicht notwendig inhärent. Erforderlich ist daher grundsätzlich neben der Einräumung der Entscheidungskompetenz die Erteilung einer entsprechenden Vollmacht, um auch die Ausführung der Entscheidung durch Abschluss des Aufnahmevertrages sicherzustellen.¹⁶⁸⁹ Auch wenn es nahe liegend ist, Klauseln, die die Entscheidungskompetenz regeln, auch im Sinne einer Vollmachtserteilung auszulegen,¹⁶⁹⁰ so ist zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit die ausdrückliche Erteilung einer Vollmacht zu empfehlen.¹⁶⁹¹

Es bleibt nun zu klären, welche Vertragsgestaltung den Interessen der Gesellschafter gerecht wird. Viel spricht zunächst für eine Übertragung auf die Komplementär-GmbH,¹⁶⁹² da diese als Geschäftsführerin der KG (vgl. § 164 HGB) ohnehin deren Geschicke leitet. Diese Betrachtung wird allerdings den Besonderheiten der echten GmbH & Co. KG nicht gerecht. Aufgrund der Tatsache, dass die Kommanditisten die GmbH kapitalmäßig nicht an der KG beteiligen und diese somit auch kein Stimmrecht hat,¹⁶⁹³ liegt die eigentliche Macht bei den Kommanditisten und nicht bei der Komplementär-GmbH, die letztlich nur aus Gründen einer Haftungsbeschränkung aufgenommen wurde. Dies führt notwendig dazu, dass es nicht im Interesse der Kommanditisten liegt, wenn die Komplementär-GmbH sowohl über das Ob der Aufnahme eines Dritten entscheidet als auch deren Vollzug durch Abschluss des Vertrages. Wollen die Kommanditisten das Zepter nicht aus der Hand geben, aber dennoch eine möglichst praktikable Lösung der Problematik erreichen, so bietet es sich an, die Entscheidung über die Aufnahme eines neuen Gesellschafters der Gesellschafterversammlung zu übertragen, die darüber mehrheitlich Beschluss fasst,¹⁶⁹⁴ gleichzeitig jedoch den Vollzug dieses Beschlusses, also den Abschluss des Aufnahmevertrages, der Komplementär-GmbH als Abschlussvertreter im Wege einer Vollmacht zu übertragen.

¹⁶⁸⁰ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 III.1.a).

¹⁶⁸¹ Vgl. oben ausführlich 2. Kapitel: V.1.b)ee(4)(c)(bb), S. 123.

¹⁶⁸² Vgl. zum Begriff der Grundlagengeschäfte Baumbach/Hopt, HGB, § 114 Rn. 3.

¹⁶⁸³ RG, Urteil vom 4.3.1930, RGZ 128, 172, 176; BGH, Urteil vom 6.2.1958, BGHZ 26, 330, 333; Urteil vom 17.11.1975, WM 1976, 15 f.; Urteil vom 22.5.1989, WM 1989, 1221, 1223; Urteil vom 3.11.1997, NJW 1998, 1225, 1226; Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 67; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 155; Heymann-Emmerich, HGB, § 109 Rn. 28; MünchHandbuchKG-Piehler, § 32 Rn. 2; Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 27 Rn. 2 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 II.3.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 105 Rn. 180.

¹⁶⁸⁴ Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 67; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 155; MünchHandbuchKG-Piehler, § 32 Rn. 14.

¹⁶⁸⁵ Heymann-Emmerich, HGB, § 109 Rn. 29.

¹⁶⁸⁶ BGH, Urteil vom 10.12.1984, NJW 85, 1468, 1469 (Publikums-KG).

¹⁶⁸⁷ Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 107; MünchHandbuchKG-Piehler, § 32 Rn. 14; Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 27 Rn. 11.

¹⁶⁸⁸ BGH, Urteil vom 14.11.1977, NJW 1978, 1000 (Publikums-KG); Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rn. 67; Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 155; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 107; gegen die Möglichkeit der Ermächtigung der Gesellschaft zum Handeln im eigenen Namen, Kraft, in FS Fischer, S. 321, 328; Reuter, GmbHR 1981, 129, 130.

¹⁶⁸⁹ BGH, Urteil vom 17.11.1975, WM 1976, 15, 16; Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 27 Rn. 12. Denn der Vertragsschluss bleibt grundsätzlich Sache aller Gesellschafter, Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong, HGB, § 105 Rn. 155.

¹⁶⁹⁰ BGH, Urteil vom 17.11.1975, WM 1976, 15, 16; dies zieht auch Heymann-Emmerich, HGB, § 109 Rn. 29 in Erwägung; vgl. zur Problematik, inwieweit § 745 I BGB auch das Außenverhältnis betrifft, unten Fn. 1796.

¹⁶⁹¹ Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 27 Rn. 12.

¹⁶⁹² Die oben angesprochene Möglichkeit der Übertragung auf die Gesellschaft selbst würde nur dann einen Unterschied machen, wenn diese im eigenen Namen den Aufnahmevertrag schließen würde, da sie schließlich durch ihre Komplementärin (§ 170, 161 II, 125 HGB), mithin die GmbH und diese wiederum durch ihren Geschäftsführer vertreten wird, § 35 GmbHG.

¹⁶⁹³ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c)cc), S. 24.

¹⁶⁹⁴ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel etwa Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 13 III lit. b).

(2) Klauselformulierung

Die Ausschluss- und Abtretungsklausel¹⁶⁹⁵ muss man etwa folgendermaßen erweitern:

§ 16**Ausschließung**

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung den Ausschluss eines Gesellschafters beschließen, wenn
- a) der betreffende Gesellschafter zustimmt
 - b) ein Gläubiger eines Gesellschafters Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Gesellschaftsanteil des Gesellschafters vornimmt und es den Inhabern des Gesellschaftsanteils nicht binnen 8 Wochen, spätestens bis zur Verwertung des Gesellschaftsanteils, gelungen ist, die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erreichen.
 - c) über das Vermögen eines Gesellschafters das (Nachlass)Insolvenzverfahren eröffnet ist und nicht binnen 8 Wochen wieder aufgehoben wird oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist. Dies gilt nicht für die Komplementär-GmbH. Diese bleibt Gesellschafterin der nach § 25 Absatz 1 a) aufgelösten KG.¹⁶⁹⁶
 - d) ein Gesellschafter seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt. Dies gilt nicht für die Komplementär-GmbH. Sie scheidet aus der Gesellschaft aus. § 25 Absatz 1 b) bleibt unberührt.
 - e) in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt
 - f) ...
 - g) ...
- (2) ...
- (3) Dem vom Ausschluss betroffenen Gesellschafter bzw. dem Insolvenzverwalter in den Fällen des Absatz 1 c)¹⁶⁹⁷ steht kein Stimmrecht zu. Das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung sowie das Recht, sich vor der Beschlussfassung zu äußern, bleiben unberührt.
- (4) ...
- (5) Soweit der Ausschluss eines Gesellschafters gemäß Absatz 1 zulässig ist, ist die Gesellschafterversammlung unwiderruflich ermächtigt, stattdessen die Übertragung des Gesellschaftsanteils oder von Teilen davon auf Mitgesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung oder einem anderen von den übernehmenden Mitgesellschaftern gewünschten Verhältnis, oder auf einen Dritten beschließen. Absätze 3 und 4 finden entsprechende Anwendung. § 14 gilt mit Ausnahme dessen Absatz 3, soweit er etwaige darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse enthält. Die Abtretung an einen an der Beschlussfassung nicht beteiligten Erwerber wird erst wirksam, wenn der Erwerber das in dem Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot annimmt. Die Mitgesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger trifft bei Abtretung des Gesellschaftsanteils an sie eine Übernahmepflicht. Die Abtretung des Geschäftsanteils in den Fällen des Absatz 1 c) bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Insolvenzverwalters.
- (6) ...¹⁶⁹⁸

§ 18**Aufnahme neuer Gesellschafter**

Die Gesellschafterversammlung kann die Aufnahme neuer Gesellschafter beschließen. Der Abschluss des Aufnahmevertrags mit dem neuen Gesellschafter erfolgt durch die Geschäftsführung.

VI. TOD EINES GESELLSCHAFTERS

Auch durch das Ableben eines Gesellschafters droht der gewollte Gleichlauf in GmbH und KG unterbrochen zu werden, weil als Folge des Todes zwei Rechtsmaterien aufeinander treffen, die nicht notwendig in ihren Auswirkungen übereinstimmen. So besteht die Gefahr, dass die gesetzliche Erbfolge oder der Wille des Erblassers, den er durch Erbvertrag oder letztwillige Verfügung zum Ausdruck gebracht hat, nicht mit dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommenden Gesellschafterwillen übereinstimmt. Erforderlich ist somit eine Abstimmung der Erbfolge mit den Gesellschaftsverträgen von GmbH und KG.¹⁶⁹⁹ Dies ist zum Großteil eine Problematik der Verzahnung der Gesellschaftsverträge, wird aber auch schon im Bereich der Harmonisierung der gesellschaftlichen Bestimmungen relevant.

¹⁶⁹⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.c)ee), S. 152.

¹⁶⁹⁶ Vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)cc), S. 218. Die Komplementär-GmbH ist selbst aufgelöst nach § 25 Absatz 1 a) des GmbH-Vertrages [vgl. unten 3. Kapitel: I.4.b)ee), S. 220] i.V.m. § 60 I Nr. 4, 5 GmbHG. Es sind hier die Besonderheiten der Simultaninsolvenz zu beachten, vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)aa)(2), S. 161.

¹⁶⁹⁷ Es gelten hier die Überlegungen, die auch für die GmbH angeführt wurden, vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(4), S. 169. Vgl. zur rechtlichen Verankerung des Stimmrechtsausschlusses in der KG oben 2. Kapitel: V.1.c)cc), S. 149.

¹⁶⁹⁸ Vgl. zu den Absätzen 2, 4, 6 oben 2. Kapitel: V.1.c)ee), S. 152.

¹⁶⁹⁹ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 33 Rn.1.

1. Grundsätzliche Rechtslage in GmbH und KG

a) Vererblichkeit der Gesellschaftsanteile

Weder bei der GmbH noch bei der KG führt der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft. Der GmbH-Geschäftsanteil ist nach § 15 I GmbHG vererblich und geht mit allen Rechten und Pflichten, insbesondere auch auf Leistung rückständiger Einlagen, auf die gesetzlichen oder aufgrund letztwilliger Verfügung bestimmten Erben über, §§ 1922, 1967 BGB. Im Wege der letztwilligen Verfügung steht es dem Gesellschafter auch offen, den Geschäftsanteil zum Gegenstand eines Vermächtnisses zu machen, §§ 1939, 2147 ff. BGB, oder eine Teilungsanordnung nach § 2048 BGB zu verfügen. Er kann die Erben oder Vermächtnisnehmer auch im Hinblick auf den Geschäftsanteil mit einer Auflage belegen, §§ 1940, 2192 ff. BGB.¹⁷⁰⁰ Eine letztwillige Verfügung bedarf nicht allein deshalb der notariellen Beurkundung, weil sich der Nachlass unter anderem aus einem GmbH-Geschäftsanteil zusammensetzt.¹⁷⁰¹ Der oder die Erben werden unmittelbar Inhaber des Geschäftsanteils, einer Anzeige gemäß § 16 GmbHG bedarf es nicht, weil keine Anteilsübertragung durch Rechtsgeschäft gegeben ist.¹⁷⁰² Jedoch muss der Gesellschafter in geeigneter Weise der Gesellschaft davon Kenntnis verschaffen, dass er Erbe ist, um auch zukünftig von der Gesellschaft als solcher behandelt zu werden.¹⁷⁰³ Es besteht auch die Möglichkeit, in der Satzung auch für diese Fälle die Anmeldung vorzusehen, verbunden mit einer Anordnung des Ruhens der Mitgliedsrechte bis zur Anmeldung, wovon aus Gründen der Rechtssicherheit Gebrauch gemacht werden sollte.¹⁷⁰⁴

Dass auch der Kommanditanteil vererblich ist, ergibt sich aus § 177 HGB. Demzufolge gilt § 131 III 1 Nr. 1, 161 II HGB, der mangels gegenteiliger Bestimmung das Ausscheiden des Verstorbenen verbunden mit der Anwachsung bei den verbleibenden Gesellschaftern festlegt,¹⁷⁰⁵ nur beim Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters¹⁷⁰⁶, nicht aber auch beim Tod des Kommanditisten. Mangels abweichender vertraglicher Bestimmung wird die Gesellschaft mit den Erben des Kommanditisten fortgesetzt.¹⁷⁰⁷

b) Problematik der Sondererfolge

Beiden Anteilen ist somit die grundsätzliche Vererblichkeit gemein. Sie unterscheiden sich dennoch in einem wichtigen Punkt. Denn der Tod des GmbH-Gesellschafters hat bei mehreren Erben zur Folge, dass der Anteil auf die Erbengemeinschaft als solche übergeht. Rechtsinhaber wird somit die Gemeinschaft der Erben. Der Geschäftsanteil der GmbH fällt den Erben nach § 2032 I zu gesamter Hand an. Sie können daher ihre Mitgliedschaftsrechte nur gemeinsam ausüben, § 18 I GmbHG.¹⁷⁰⁸

¹⁷⁰⁰ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 9 f., 14; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 114; Scholz-Winter, § 15 Rn. 18, 29 ff.

¹⁷⁰¹ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 114; Scholz-Winter, § 15 Rn. 44; schließlich unterliegt auch die Verfügung über einen Miterbenanteil (§ 2033 BGB), in dem sich eine Geschäftsanteil befindet, nicht den Formvorschriften der §§ 15 III, IV GmbHG, BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 147/83, BGHZ 92, 386, 393; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 11; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 114; Scholz-Winter, § 15 Rn. 44; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 100; das Erfordernis der notarielle Form für das dingliche Verfügungsgeschäft ergibt sich für die Erbteilsverfügung aber aus § 2033 I 2 BGB, Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 15.

¹⁷⁰² LG Berlin, Beschluss vom 23.8.1985, BB 1985, 1752, 1753; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 16 Rn. 2; Michalski-Ebbing, § 16 Rn. 7; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 16 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 115 f. i.V.m. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 18; Scholz-Winter, § 16 Rn. 29, 31; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 99, § 16 Rn. 4. Abweichend von der h. M. für eine analoge Anwendung dagegen KG Berlin, Urteil vom 25.9.1959 GmbHR 1969, 47; Kremer/Laux, BB 1992, 159 ff.; Priester, GmbHR 1984, 193; vgl. auch Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249.

¹⁷⁰³ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 16 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 18; Scholz-Winter, § 16 Rn. 31; die Mitteilung ist auch bedeutsam vor dem Hintergrund, dass der Geschäftsanteil häufig besonderen satzungsrechtlichen Bestimmungen unterliegt, wie etwa der Einziehung; bei mehreren Erben hat dies auch Relevanz im Hinblick auf § 18 III 1 GmbHG, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 16 Rn. 18.

¹⁷⁰⁴ LG Berlin, Beschluss vom 23.8.1985, BB 1985, 1752, 1753; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 16 Rn. 2; Michalski-Ebbing, § 16 Rn. 7; Scholz-Winter, § 16 Rn. 31 m.w.N.; Hachenburg-Zutt, § 16 Rn. 52.

¹⁷⁰⁵ Vgl. §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 1, 105 III HGB, 738 I 1 BGB. Folge ist der automatische Übergang des Geschäftsanteils auf die verbleibenden Gesellschafter im Verhältnis ihrer Anteile, Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 33 Rn. 7.

¹⁷⁰⁶ Vgl. zum „Tod der GmbH“ durch deren Vollbeendigung, der für den hier zu problematisierenden Bereich der Erbfolge irrelevant ist unten 3. Kapitel: I.4.a)aa), S. 205.

¹⁷⁰⁷ Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rn. 2; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 177 Rn. 2; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 102; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 33 Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn, HGB, § 173 Rn. 25, § 177 Rn. 6; dies auch schon zu § 177 HGB a. F., der lediglich kodifizierte, dass der Tod eines Kommanditisten nicht zur Auflösung der Gesellschaft führt, anerkannt, vgl. nur RG, Urteil vom 12.2.1929, RGZ 123, 289, 293; Heymann-Horn, HGB, § 177; GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 6; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 9; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 232.

¹⁷⁰⁸ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 102; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 33 Rn. 11; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 15 Rn. 115, § 18 Rn. 3; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.3.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 18, § 18 Rn. 8; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 100, § 18 Rn. 7; selbst, wenn man der Erbengemeinschaft Rechtssubjektivität beimessen will, geht der Gesetzgeber von einer Anwendung des § 18 GmbHG aus, was sich letztlich aus § 18 III 2 GmbHG ergibt, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 18 Rn. 3. Die Rechtssubjektivität behandelnd Grunewald, AcP 197 (1997), 305 ff.; verneinend dagegen Ulmer, AcP 198 (1998), 113, 124 ff. Es ist allerdings mit der Aufgabe der bisherigen individualistischen Auffassung der Gesamthand durch den II. Zivilsenat des BGH und der Einstufung der GbR als (teil-)rechtsfähig – vgl. oben Fn. 1058 – und der Frage, inwieweit sich diese Rechtsfortbildung auch auf die Erbengemeinschaft verallgemeinern lässt, wieder Schwung in diese Diskussion gekommen, vgl. nur Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 ff.; Heil, ZEV 2002, 296 ff.; Weipert, ZEV 2002, 300 ff.

Währenddessen wird bei der Personengesellschaft nahezu einhellig angenommen, dass der Anteil im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergeht. Dies hat zur Folge, dass die Erben nicht als Erbengemeinschaft Inhaber des Geschäftsanteils werden, sondern der Kommanditanteil im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf die Erben entsprechend ihrem Erbteil übergeht. Die Mitgliedschaft spaltet sich im Fall der Beerbung eines Kommanditisten durch mehrere Erben in eine Mehrheit von Anteilen und somit Kommanditisten auf.¹⁷⁰⁹ Der Grund für die Sondererbfolge ist darin zu sehen, dass eine Erbengemeinschaft jedenfalls nicht Mitglied einerwerbenden Gesellschaft¹⁷¹⁰ sein kann, da die Erbengemeinschaft letztlich auf die Auseinandersetzung gerichtet ist und das Erfordernis gemeinschaftlichen Handelns nach § 2038 I BGB für die Personengesellschaft als einer auf persönliche Zusammenarbeit gegründeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft, die auf das Handeln Einzelner zugeschnitten ist, ebenso wenig passt wie die Möglichkeiten der §§ 2033, 2042 BGB.¹⁷¹¹ Für die Sondererbfolge kann auch der Aspekt des Gläubigerschutzes angeführt werden, dem die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nach § 2059 BGB entgegensteht.¹⁷¹² Dennoch ist diese Auffassung nicht unbestritten, da sie aufgrund der fehlenden Harmonisierung mit dem Erbrecht zu praktischen Schwierigkeiten führt.¹⁷¹³ Die Sondererbfolge soll hier aber aufgrund der über ein Jahrhundert gefestigten Rechtsprechung akzeptiert werden. Zumindest kann sich die Sondererbfolge für die Personenhandelsgesellschaften auf die Bestimmung des § 139 HGB stützen, der gerade davon ausgeht, dass jeder einzelne Erbe Gesellschafter wird, mithin also den Konflikt zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht im Sinne der Sondererbfolge löst.¹⁷¹⁴

Diese Sonderzuordnung führt zu einer Aufspaltung der Mitgliedschaft, die nicht zum Vermögen der Erbengemeinschaft zählt. Es liegt jedoch keine Ausnahme vom Prinzip der Universalsukzession vor.¹⁷¹⁵ Die Sondererbfolge beruht somit nicht auf einer vom Gesetz losgelösten dogmatischen Grundlage, sondern darauf, dass das Gesetz jeden Miterben als Einzelgesellschafter behandelt und nicht auf die Gesamtheit der Erben abstellt. Die Sondererbfolge muss daher so verstanden werden, dass sie das Ergebnis einer sich kraft Gesetzes vollziehenden Teil-Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist. Die Miterben werden mit anderen Worten behandelt, als hätten sie sich hinsichtlich des Geschäftsanteils bereits auseinandergesetzt.¹⁷¹⁶

Dieses Splitting der Mitgliedschaft ist problematisch. Es führt bei Häufung von Erbfällen zu Schwierigkeiten innerhalb der Gesellschaft, vor allem, wenn diese auf längere Zeit geplant ist. Es besteht die Gefahr, dass eine immer größer werdende Gesellschafterzahl mit immer geringerem Umfang der Beteiligungen die Geschäftsführung erheblich behindert, insbesondere, wenn alle Gesellschafter über die Verhältnisse der Gesellschaft genau informiert sein wollen.¹⁷¹⁷ Die Kluft zwischen Umfang der Gesellschaftsbeteiligung und Einfluss auf die Gesellschaft sowie Sachkunde der Gesellschafter kann sich somit zum Nachteil für die Gesellschaft, vor allem auch im Hinblick auf die Geschäftsführung entwickeln.¹⁷¹⁸ Zudem ist in der GmbH die Ausübung des Stimmrechts nur einheitlich möglich, § 18 GmbHG.¹⁷¹⁹ Demgegenüber treten die Erben in der KG einzeln als Kommanditisten auf und können daher auch in verschiedenem Sinne abstimmen.¹⁷²⁰ Jeder Erbe nimmt seine Rechte als Kommanditist entsprechend seinem Anteil an der Mitgliedschaft wahr.¹⁷²¹

¹⁷⁰⁹ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 527 f.

¹⁷¹⁰ Vgl. dagegen zum Fall der Liquidationsgesellschaft unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(1)(a), S. 189.

¹⁷¹¹ BGH, Urteil vom 22.11.1956, BGHZ 22, 186, 192; Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 237; Urteil vom 4.5.1983, NJW 1983, 2476, 2377; Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 135; Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 51; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 192; Beschluss vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1285; Urteil vom 9.11.1998, NJW 1999, 571, 572; BayObLG, Beschluss vom 13.7.1983, BB 1983, 1751; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.2.1983, NJW 1983, 1806; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 177 Rn. 3 i.V.m. § 139 Rn. 14; *Ebenroth*, Rn. 866; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 177 Rn. 6; *Heymann-Horn*, HGB, § 177 Rn. 11; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 33 Rn. 10; *Staudinger-Marotzke*, § 1922 Rn. 178 f.; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 177 Rn. 7; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 177 a. F. Rn. 9, 11 f. i.V.m. § 139 Rn. 17; *GroßkommentarHGB-Ulmer*, § 105 Rn. 98; *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 69; § 727 Rn. 26; einschränkend *Flume*, Personengesellschaft, § 18 III, S. 395 f., der dies nur für Personenhandelsgesellschaft anerkennt, nicht dagegen auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

¹⁷¹² *Ebenroth*, Rn. 866; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht 1. A. Rn. 149; *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 69; dieses Argument relativiert sich hinsichtlich des Kommanditisten allerdings wegen der Haftungsbegrenzung nach § 171 I HGB.

¹⁷¹³ *Grunewald*, Gesellschaftsrecht 1. A. Rn. 150. Für die Zulassung der Erbengemeinschaft als Gesellschafterin *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 447 ff.; *Ebert*, Kompetenzabgrenzung, S. 114 ff.; Vgl. auch *Grunewald*, Gesellschaftsrecht 1. A. Rn. 149; *Weipert*, in FS Bezzenberger, S. 439, 444 ff.; für die Zulassung beschränkt auf die GbR *Flume*, Personengesellschaft, § 18 III, S. 395 f.

Mit dem geltenden Recht nicht vereinbar dagegen *Küster*, Gesellschafternachfolge, S. 52 ff., der zwischen Beteiligung und Gesamthandanteil differenziert und nur die Beteiligung für vererblich hält. Dies kann allerdings nach geltendem Recht nicht voneinander getrennt werden, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.4.a), Fn. 115.

¹⁷¹⁴ BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 237; *Flume*, Personengesellschaft, § 18 III, S. 395; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.4.a); kritisch zum Argument § 139 HGB dagegen *Staudinger-Werner*, Vorbem. zu §§ 2032 – 2057 a Rn. 24.

¹⁷¹⁵ So aber wohl BGH, Urteil vom 4.5.1983, NJW 1983, 2376, 2377.

¹⁷¹⁶ *Ebenroth*, Rn. 866; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.4.a); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 139 Rn. 17. Aus diesem Grund ist nach richtiger Auffassung wohl auch kein Raum für eine Sondererbfolge, wenn der Anteil auf einen Alleinerben übergeht, *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 139 Rn. 13; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.4.a); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 139 Rn. 18; *Erman-H. P. Westermann*, § 727 Rn. 8; a. A. BGH, Urteil vom 22.11.1956, BGHZ 22, 186, 193; Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 135, 137; *Ulmer*, in FS Schilling, S. 79, 90 ff.; ders., ZHR 146 (1982), 555, 559.

Vgl. zur weiteren Problematik, insbesondere, ob die Rechtsnachfolge auf dem Erbrecht oder dem Gesellschaftsrecht beruht, *Ebenroth*, Rn. 865; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.3.b) mit weiteren Nachweisen. Vgl. zur Problematik, ob der Geschäftsanteil deshalb auch nicht in den Nachlass fällt, was insbesondere für eine etwaige Testamentsvollstreckung relevant ist, unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(1), S. 188.

¹⁷¹⁷ *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 2 f.; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 344 f.

¹⁷¹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 293; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 526; *Schörnig*, S. 1.

¹⁷¹⁹ *Michalski-Ebbing*, § 18 Rn. 41 ff.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz*, § 18 Rn. 6; *Hachenburg-Zutt*, § 18 Rn. 19 f.; vgl. ausführlich hierzu, insbesondere zum Konflikt mit den Bestimmungen des Innenverhältnisses unten 2. Kapitel: VI.2.b), S. 197.

¹⁷²⁰ *Ippen*, GmbH & Co. KG, S. 23 f.; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 527 f.; vgl. auch *MünchKomm-Ulmer*, § 727 Rn. 26.

¹⁷²¹ *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 139 Rn. 18; vgl. auch *MünchKomm-Ulmer*, § 727 Rn. 26.

Neben diesen Auswirkungen im gesellschaftsrechtlichen Bereich ergibt sich auch in erbrechtlicher Hinsicht eine gewisse Spannungssituation, insbesondere was das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erbgemeinschaft betrifft. Zwar ist die Situation insoweit gegenüber der gesellschaftsrechtlichen entschärft, als den Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker kein Mitwirkungs- oder Weisungsrecht zusteht, da die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auf dem Willen des Erblassers beruhen. Deshalb kann nur dieser Weisungen für die Amtsführung erteilen, vgl. § 2216 II 1 BGB¹⁷²². Doch besteht auch hier im Hinblick etwa auf die Fälligkeitzeitpunkte der Rechenschaftsablegung (§§ 2218 I, 666 BGB) sowie ihrer Entgegennahme ein Bedürfnis nach Bündelung der verschiedenen Meinungen innerhalb der Erbgemeinschaft.¹⁷²³

2. Gesellschaftsvertragliche Gestaltung

Die unterschiedliche Situation in GmbH und KG nach dem Erbfall ist unbefriedigend. Ein Ausschluss der Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils würde die Problematik lösen. Doch ist diese Möglichkeit nur für die Kommanditbeteiligung anerkannt, weil § 177 HGB schon nach seinem Wortlaut dispositiv ist.¹⁷²⁴ Die Vererblichkeit des GmbH-Anteils kann dagegen weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.¹⁷²⁵ Teilweise wird allerdings versucht, den Ausschluss der Vererblichkeit indirekt zu erreichen, indem in der Satzung eine mit dem Todesfall automatisch wirkende, so genannte statutarische Einziehung vorgesehen wird.¹⁷²⁶ Diese Lösung ist aber rechtlich nicht haltbar. Zwar mögen in der Tat dann, wenn die Einziehung unentgeltlich erfolgt, mithin der Abfindungsanspruch ausgeschlossen ist, was insbesondere für den Fall des Todes als zulässig angesehen wird,¹⁷²⁷ die grundsätzlichen Bedenken einer entsprechenden Regelung entkräftet sein.¹⁷²⁸ Im Falle der Vererbung kann dies allerdings nicht gelten, da ansonsten die zwingende Gewährleistung der Vererblichkeit des Geschäftsanteils nach § 15 I GmbHG umgangen würde. Zudem ist die Regelung schon wegen ihrer Starrheit nicht zu empfehlen.¹⁷²⁹

Es bleibt daher nur die Möglichkeit, die Zersplitterung des Kommanditanteils vertraglich zu beseitigen, um wenigstens eine in der GmbH bereits aufgrund der Berechtigung der Erbgemeinschaft selbst bestehende Rechtslage auch für die KG zu schaffen.¹⁷³⁰ Erforderlich ist eine Regelung, durch die die Rechte der Kommanditisten „gebündelt“ werden, damit die Gesellschaft nicht lahm gelegt wird. In Betracht kommt zur Gewährleistung der einheitlichen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte die Anordnung der gemeinsamen Vertretung aller Erben, eine so genannte obligatorische Gruppenvertretung. Zu denken ist aber auch an das Instrument der Testamentsvollstreckung. Es muss im Hinblick auf eine bestmögliche und praktikable Fortführung der Geschäfte nach dem Erbfall eine Lösung gesucht werden, die notfalls auch über die bereits bestehende gesetzliche Lage in der GmbH hinausgeht und einen Gleichlauf der Gesellschaften gewährleistet.

a) Gestaltung des KG-Vertrages

aa) Obligatorische Gruppenvertretung¹⁷³¹

Die obligatorische Gruppenvertretung beruht auf einer Vertreterklausel¹⁷³², nach der es den Erben versagt ist, die Mitgliedschaftsrechte einzeln wahrzunehmen, diese mithin nur durch einen Vertreter einheitlich ausgeübt werden

¹⁷²² BGH, Urteil vom 2.10.1957, BGHZ 25, 275, 279; MünchKomm-Brandner, Vor § 2197 Rn. 6.

¹⁷²³ Klumpp, ZEV 1999, 305, 307; ders., in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 315; Staudinger-Reimann, § 2218 Rn. 37. Vgl. dazu unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3)(g), S. 196.

¹⁷²⁴ Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 177 Rn. 7; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 177 Rn. 5; GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 24; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V.4.; Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn, HGB, § 177 Rn. 10; vgl. schon zu § 177 a. F. Heymann-Horn, HGB, § 177 Rn. 13; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 10. Es würde dann wieder die Rechtsfolge des § 131 III 1 Nr. 1 HGB greifen: Vererbt würde dann nur der Anspruch auf das Abfindungsguthaben (§§ 161 II, 105 III HGB, § 738 I 2 BGB), während der Anteil des verstorbenen den verbleibenden Gesellschaftern zuwüchse, §§ 161 II, 105 III HGB, § 738 I 1 BGB, Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 177 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn, HGB, § 177 Rn. 10 i.V.m. Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 42.

¹⁷²⁵ OLG Koblenz, Urteil vom 19.1.1995, GmbHR 1995, 586, 587; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 21; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 22; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 12; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 17; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 25 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 114; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 35 II.3.a); Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 93; Scholz-Winter, § 15 Rn. 22; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 5; a. A. Kesselmeier, Ausschluss- und Nachfolgeregelung, S. 259 ff. 269.

Wenn das Reichsgericht (Urteil vom 8.10.1912, RGZ 80, 175, 179) daher aus § 15 V GmbHG ableitet, „daß die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Geschäftsanteile durch Gesellschaftsvertrag beschränkt und auch gänzlich ausgeschlossen werden kann (vgl. auch § 17 VI GmbHG)“, so verkennt es die Rechtslage. § 15 V GmbHG erfasst nur die Abtretung, worunter sich die Vererbung nicht subsumieren lässt, Scholz-Winter, § 15 Rn. 20. Zwar wurde teilweise dennoch aus § 15 V GmbHG sowie vor allem §§ 38, 40 BGB das Gegenteil abgeleitet, vgl. Vins, ZHR 86 (1923), 325, 328 f.; vgl. auch die weiteren Nachweise bei Scholz-Winter, § 15 Rn. 21 Fn. 66. Eine solche Analogie ist jedoch mit dem geltenden GmbH-Recht nicht in Einklang zu bringen. Rechtsfolge wäre ein Erlöschen des GmbH-Anteils mit dem Tode des Gesellschafters, so dass sämtliche Leistungspflichten, vor allem auch die Leistung der Stammeinlage (§ 19 GmbHG), entfielen, was in Konflikt mit den Bestimmungen zur Kapitalaufbringung gerät. Ein Erlöschen des Geschäftsanteils ohne Einziehung nach § 34 GmbHG ist dem GmbH-Recht fremd, vgl. Scholz-Winter, § 15 Rn. 21.

¹⁷²⁶ Vgl. die Nachweise oben Fn. 992.

¹⁷²⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. 110.

¹⁷²⁸ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(bb), S. 101, auch ausführlich zu den Gegenargumenten.

¹⁷²⁹ Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 7; Scholz-Winter, § 15 Rn. 21.

¹⁷³⁰ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 103.

¹⁷³¹ Vgl. hierzu ausführlich Schörnig, S. 47 ff.

können.¹⁷³³ Über die Gruppenvertretung wird die Willensbildung in Bezug auf den gesplitteten Kommanditanteil vereinheitlicht, indem der Gruppenvertreter die Rechte der einzelnen Erben gebündelt wahrnimmt, ohne gleichzeitigen Übergang der Mitgliedschaft als solcher, die anteilig bei den Erben bleibt.¹⁷³⁴ Auf diese Weise kann verhindert werden, dass der Gang der Geschäfte durch eine heterogene Gruppe neuer Gesellschafter mit eventuell unterschiedlichen Interessen und Zielrichtungen erschwert wird.¹⁷³⁵

(1) Zulässigkeit der Gruppenvertretung¹⁷³⁶

Da der maßgebliche Einfluss der Kommanditisten über ihr Stimmrecht erfolgt, darf die Bestellung eines Gruppenvertreters insbesondere diesbezüglich nicht zu beanstanden sein. Die generelle Möglichkeit eines Gruppenvertreters kann wohl als kaum mehr streitig bezeichnet werden.¹⁷³⁷ Die Zulässigkeit der Vertreterklausel ist keine Frage der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht des Komplementärs, sondern vielmehr im Zusammenhang mit den Schranken gesellschaftsvertraglicher Gestaltung zu bewerten, da die Klausel das Innenverhältnis betrifft.¹⁷³⁸ Die (freiwillige) Stellvertretung einer Gruppe von Gesellschaftern an sich wirft grundsätzlich keine Probleme auf. Voraussetzung ist aber eine entsprechende Zulassung im Gesellschaftsvertrag bzw. die Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Denn das Stimmrecht ist ein höchstpersönliches Recht, das grundsätzlich nur von den Gesellschaftern ausgeübt werden kann.¹⁷³⁹ Fraglich ist aber, welche Grenzen der Vereinbarung im Hinblick auf die Ausgestaltung der Klausel als obligatorisch entgegengehalten werden können und müssen.¹⁷⁴⁰

(a) Ruhen des Stimmrechts

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Vertreterklausel deshalb unzulässig ist, weil sie zu einem Ruhen des Stimmrechts der Erben führen kann. Denn den Gesellschaftern bleibt nur die Möglichkeit, ihre Rechte durch einen Vertreter wahrzunehmen oder gar nicht.¹⁷⁴¹ Doch steht dies der Zulässigkeit nicht entgegen, weil selbst ein Ausschluss des Stimmrechts möglich ist.¹⁷⁴² A maiore ad minus muss daher auch das Ruhen des Stimmrechts

¹⁷³² Die Bezeichnung „Vertreterklausel“ ist wohl geprägt worden durch Alfred Hueck, vgl. ZHR 125 (1963), 1, 4; üblich ist auch die Bezeichnung als obligatorische Gruppenvertretungsklausel, vgl. *Schörnig*, S. 48.

¹⁷³³ GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 15; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 44; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 526; ders. Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.a); *Schörnig*, S. 48; vgl. zu einer entsprechenden Klausel Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.3, § 14 IV.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.a).

¹⁷³⁴ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 21; Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 79; ausführlich *Schörnig*, S. 81 ff.

¹⁷³⁵ Klumpp, ZEV 1999, 305.

¹⁷³⁶ Es stellen sich dabei hinsichtlich der Kommanditisten weit weniger Probleme, als dies bei OHG-Gesellschaftern oder Komplementären der Fall ist; der Kommanditist ist nach § 164, 1 HGB grundsätzlich von der Geschäftsführung und nach § 170 von der Vertretung ausgeschlossen. Für ihn kommt im Hinblick auf § 170 HGB jedenfalls keine organschaftliche Vertretungsmacht in Frage (*Baumbach/Hopt*, HGB, § 170 Rn. 1; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 170 Rn. 1, 8; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 170 Rn. 1, 5 mit weiteren Nachweisen vor allem auch auf die Rechtsprechung in Fn. 1; vgl. hierzu auch unten Fn. 1901), so dass auch kein Konflikt mit den Grundsätzen der Selbstorganschaft droht, *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 347 sowie unten Fn. 1887; vgl. dagegen zu den persönlich haftenden Gesellschaftern *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 345 f.

¹⁷³⁷ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291; Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 18/88, GmbHR 1989, 120, 121; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 199 (obiter dictum); Beschluss vom 6.10.1992, BGHZ 119, 346, 353 f.; OLG München, Urteil vom 11.10.1991, OLGR München 1993, 7; OLG Hamm, Urteil vom 20.1.1997, NJW-RR 1998, 1045; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 163 Rn. 10; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 21; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 103; *Heymann-Horn*, HGB, § 164 Rn. 16; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 7; *Klumpp* in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 315; ders., ZEV 1999, S. 305; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co.KG, § 16 Rn. 162; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 80; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 530; ders., Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.a); *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 45 Rn. 44; *Schörnig*, S. 47 ff.; ders., ZEV 2002, 343, 344; Münch-HandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 18 ff.; a. A. *Reuter*, Perpetuierung, S. 212 ff., insbesondere S. 221; vgl. auch MünchKomm-Reuter, § 32 Rn. 3.

¹⁷³⁸ Richtiger Ort für die Vertreterklausel ist daher der Gesellschaftsvertrag; die obligatorische Gruppenvertretung kann gerade nicht kraft Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis angeordnet werden, *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 530, Fn. 29 unter Hinweis auf *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 11.

¹⁷³⁹ Vgl. RG, Urteil vom 12.2.1929, RGZ 123, 289, 299 f.; BGH, Urteil vom 10.11.1951, BGHZ 3, 354, 357 f.; Urteil vom 1.12.1969, NJW 1970, 706; *Baumbach/Hueck*, HGB, § 119 Rn. 20; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 119 Rn. 14; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 319, Fn. 1; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 163 Rn. 14; fehlt die vertragliche Zulassung, so kann nach wohl h.M. die Versammlung den Vertreter zurückweisen. Nur, wenn dies unterbleibt, kann die Unzulässigkeit der Stimmabgabe nicht mehr geltend gemacht werden, weil dieses Verhalten dann als konkludente Zustimmung oder Verwirkung ausgelegt werden kann, RG, Urteil vom 12.2.1929, RGZ 123, 289, 300; *Ebenroth/Boujong/Joost-Goette*, HGB, § 119 Rn. 17; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 319, Fn. 1; in besonderen Fällen kann es aufgrund der Treuepflicht für die Mitgesellschafter sogar geboten sein, der Ausübung des Stimmrechts zuzustimmen, wenn der Vertreter vertrauenswürdig ist, BGH, Urteil vom 1.12.1969, NJW 1970, 706; *Ebenroth/Boujong/Joost-Goette*, HGB, § 119 Rn. 17. Weitergehend dagegen *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 45 Rn. 42, der aus strukturellen Gründen für die GmbH & Co. KG anlässlich der Verzahnung der Gesellschaftsverträge für eine Ausrichtung der Stimmrechtsvollmacht an den Grundsätzen des § 47 III GmbHG plädiert, hierzu a.a.O., § 47 Rn. 76 ff.

¹⁷⁴⁰ *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 11; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 530.

¹⁷⁴¹ Vgl. *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306; GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 16; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 530; Münch-HandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 21; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 163 Rn. 19; *H. P. Westermann*, S. 348; a. A. *Reuter*, Perpetuierung, S. 214, Fn. 174, vgl. hierzu genauer unten Fn. 1747.

¹⁷⁴² Vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 367 ff.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 13; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 37; *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 55 Rn. 40; MünchKomm-Ulmer, § 709 Rn. 58. Auch für die Gesellschafter in der GmbH, vgl. BGH, Urteil vom 14.7.1954, BGHZ 14, 264, 269; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner*, § 47 Rn. 16; *Lutter/Hommelhoff*, § 47 Rn. 4; *Michalski-Römermann*, § 47 Rn. 344; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 11. Vgl. zum Stimmrechtsausschluss der KomplementärGmbH in der KG bereits ausführlich oben 2. Kapitel: I.3.c)cc), S. 24.

als Konsequenz der aus der Vertreterklausel folgenden Alternative „Stimmverzicht oder Vertreterbestellung“ grundsätzlich zulässig sein. Es darf nicht übersehen werden, dass die Einschränkung der Ausübungsmöglichkeit der Gesellschafterrechte infolge der Klausel das Ergebnis einer auf einer Willensübereinstimmung der Gesellschafter beruhenden gesellschaftsvertraglichen Regelung ist.¹⁷⁴³

Fraglich ist allerdings, ob sich an diesem Ergebnis etwas ändert, weil hier die Erben betroffen sind, die die Gesellschafterstellung erst mit dem Tod des Erblassers erlangen und somit bis zu diesem Zeitpunkt noch keinen Einfluss auf die vertragliche Gestaltung nehmen konnten, wenn sie nicht schon vor dem Erbfall Gesellschafter waren. Mit anderen Worten ist zu klären, inwieweit durch eine Vertreterklausel die Gesellschafterrechte letztlich aufschiebend bedingt durch den Tod des Gesellschafters zu Lasten der Erben beschränkt werden können. *Reuter* will darin einen unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter¹⁷⁴⁴ sehen, weil der Erblasser Pflichten zu begründen sucht, die nur seine Erben treffen. Der Erblasser könne den Erben nur dann eine bestimmte Verwaltung des Nachlasses auflasten, wenn er dies im Wege einer letztwilligen Verfügung anordne.¹⁷⁴⁵ Dieser Ansatz ist aber wohl schon dogmatisch nicht haltbar. *Reuter* geht letztlich davon aus, dass der Gesellschaftsanteil dinglich umgestaltet wird. Doch bleiben die einzelnen Erben Inhaber der Rechte aus dem jeweiligen Gesellschaftsanteil.¹⁷⁴⁶ Es wird lediglich die Ausübungsmöglichkeit beschränkt.¹⁷⁴⁷

Es ist somit vielmehr davon auszugehen, dass die Verpflichtung des Erblassers, die Rechte aus seinem Anteil bei mehreren Erben nur durch einen Gruppenvertreter ausüben zu lassen, lediglich – weil der Gesellschaftsvertrag bei rechtlicher Betrachtung nichts anderes als ein mehrseitig verpflichtender schuldrechtlicher Vertrag zwischen allen Gesellschaftern ist – eine rechtsgeschäftliche Bindung darstellt, die gemäß den Grundsätzen der Universal-sukzession nach §§ 1922, 1967 BGB auf die Erben übergeht.¹⁷⁴⁸ Aus diesem Grunde ist auch die Zustimmung der Erben selbst als Gesellschafter, die grundsätzlich für die Beschränkung von Gesellschafterrechten erforderlich ist,¹⁷⁴⁹ nicht notwendig, weil sie an diejenige des Erblassers gebunden sind.¹⁷⁵⁰ Die Gesellschafter schreiben durch die Vertreterklausel die Stellung des vererblichen Gesellschaftsanteils fest.¹⁷⁵¹ Die Bindung aus der Klausel trifft bei richtigem Verständnis nicht erst den Erben, sondern bereits den abschließenden Erblasser, da er an die Vereinbarung schon aus vertragsrechtlichen Grundsätzen gebunden ist und diese nicht ohne Beteiligung der übrigen Gesellschafter verändern kann.¹⁷⁵²

(b) Abspaltungsverbot

Fraglich ist allerdings, inwieweit §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 717 1, 719 I BGB einer obligatorischen Gruppenvertretung entgegenstehen. Die Mitgliedschaft stellt sich dar als die Summe der Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters, die die Gesamthand ausmachen. Die Mitgliedschaft kann daher von ihnen nicht getrennt werden. Dies folgt letztendlich aus § 717 1 BGB und für die vermögensrechtliche Seite aus § 719 BGB. Dieses insbesondere aus § 717 1 BGB folgende so genannte Abspaltungsverbot ist zwingend, was zur Folge hat, dass im Gesellschaftsvertrag nicht wirksam die Übertragung der Verwaltungsrechte, insbesondere des Stimmrechts vereinbart werden kann. Die Mitgliedschaftsrechte sind somit im Gegensatz zu einzelnen aus ihnen folgenden Ansprüchen nicht sonderrechtsfähig. Von diesem Abspaltungsverbot ist auch die GmbH & Co. KG nicht ausgenommen.¹⁷⁵³

¹⁷⁴³ *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 530; *Schörnig*, S. 72; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 163 Rn. 19; *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 9 Rn. 22.

¹⁷⁴⁴ Vgl. oben Fn. 1252.

¹⁷⁴⁵ *Reuter*, Perpetuierung, S. 212.

¹⁷⁴⁶ Vgl. die Nachweise oben Fn. 1734. Es darf schließlich auch nicht übersehen werden, dass durch die Anordnung einer Gruppenvertretung letztlich genau die Rechtslage geschaffen wird, die der Gesetzgeber an anderer Stelle, nämlich in § 18 GmbHG, als interessengerechte Lösung sieht, *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 532. Es bestehen freilich grundlegende Unterschiede zwischen dem Recht der Personengesellschaften und demjenigen der Kapitalgesellschaften, vgl. oben Fn. 513. Diese gehen allerdings nicht so weit, dass etwas an einer Stelle als interessengerecht und gesetzeskonform gesehen wird, was an anderer Stelle, bei grundsätzlich gleicher Interessenlage, nunmehr gegen Grundprinzipien verstoßen soll.

¹⁷⁴⁷ *Schörnig*, S. 59. Aus diesem Grund verfehlt ist auch die Annahme *Reuters*, die fehlende Bestellung eines Vertreters habe nicht nur ein Ruhen der Rechte zur Folge, sondern, dass die Erben ersatzlos aus der Gesellschaft ausscheiden, weil sich der Gesellschaftsanteil in ein Abfindungsguthaben verwandelt, das in den Nachlass fällt, *Reuter*, Perpetuierung, S. 214, Fn. 174. Aufgrund seines dinglichen Verständnisses der Gruppenvertreterklausel, geht er davon aus, das Verfügungsrecht der Gesellschafter über die Vererblichkeit decke nur Regelungen des Inhalts der Gesellschafterposition; sie könnten nur Bedingungen für die Gesellschafterfähigkeit in Form von Voraussetzungen aufstellen, nicht jedoch in Form von Pflichten, a.a.O. S. 214. Der Gesellschaftsvertrag könne daher nur die Aufnahme der Erben davon abhängig machen, dass sie sich durch einen Gruppenvertreter repräsentieren lassen, a.a.O., S. 214, Fn. 174. Etwas anderes sei eben Sache des Erblasser in Form der letztwilligen Verfügung, a.a.O. S. 212.

Dem kann zudem schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sich auf diese Weise jeder Erblasser durch die Anordnung einer Auflage nach § 1940 BGB etc. über den Gesellschaftsvertrag ohne Mitwirkung der anderen Gesellschafter hinwegsetzen könnte, vgl. *Michalski*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 174.

¹⁷⁴⁸ *Michalski*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 176; *Schörnig*, S. 57.

¹⁷⁴⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: 1.3.a)aa)(5), S. 15.

¹⁷⁵⁰ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295.

¹⁷⁵¹ *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 7; *Michalski*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 176; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 532; *Schörnig*, S. 57 ff.; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 163 Rn. 19; *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 9 Rn. 22.

¹⁷⁵² *Schörnig*, S. 60 unter Hinweis auf den Grundsatz „pacta sunt servanda“, vgl. hierzu *Larenz/Wolf*, AT, § 2 Rn. 32.

¹⁷⁵³ BGH, Urteil vom 10.11.1951, BGHZ 3, 354, 355; Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363; Urteil vom 25.2.1965, BGHZ 43, 261, 267; Urteil vom 17.11.1986, WM 1987, 70; BayObLG, Beschluss vom 21.11.1985, GmbHR 1986, 87; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 109 Rn. 16, § 119 Rn. 19; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, § 14 Rn. 19; *Sudhoff-Liebscher*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 132, 162; *Lutter/Hommelhoff*, § 14 Rn. 11; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 119 Rn. 33; *Hachenburg-Raiser*, § 14 Rn. 32; *Michalski-Römermann*, § 47 Rn. 49; *MünchHand-*

In der Ermächtigung Dritter durch den Gesellschaftsvertrag ist keine Verletzung des Abspaltungsverbots zu sehen, da sich der Vertreter im Rahmen des übertragenen Aufgabenkreises zu halten hat, er insbesondere keine Erweiterung oder Verlängerung seiner Vertretungsmacht selbständig vornehmen kann. Auch bleibt das Recht des Vertretenen gewahrt, jederzeit selbst handeln zu können. Anders ist die Rechtslage allerdings, wenn die Vollmacht zeitlich unbegrenzt ist, vom Vollmachtgeber also nicht unterbrochen werden kann, weil sie unwiderrufbar oder durch den Vertreter selbst verlängerbar ist, mithin ihre Wurzel, das Recht des Vollmachtgebers, verdrängt. Damit findet eine Annäherung an die Übertragung des Rechts statt, was durch das Abspaltungsverbot gerade vermieden werden soll.¹⁷⁵⁴ Der Bundesgerichtshof hat daher mehrfach die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem Verzicht auf das eigene Stimmrecht einer Stimmrechtsübertragung gleichgestellt und somit einen Verstoß gegen das Abspaltungsverbot angenommen.¹⁷⁵⁵ Zwar ist die obligatorische Gruppenvertretung zu diesen Vertragsgestaltungen nicht immer leicht abzugrenzen. Dennoch steht sie mit dem Abspaltungsverbot im Einklang. Die formale Begründung liegt in dem Argument, dass der Vertreter keine eigenen Rechte ausübt, sondern vielmehr nur die der Erben. Der Gruppenvertreter ist gerade nicht Organ der Gesellschaft¹⁷⁵⁶, sondern Bevollmächtigter der Gruppenmitglieder. Er handelt somit im Namen der Gesellschafter und nicht aus eigener Kompetenz als Organ der Gesellschaft.¹⁷⁵⁷ Es liegt jedenfalls keine Abtretung vor, mithin keine Trennung von formeller und materieller Mitgliedsstellung, die einen Verstoß gegen das Abspaltungsverbot zur Folge hätte.¹⁷⁵⁸

buchGmbH-Schiessl, § 31 Rn. 29 ff.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 III.4.a); Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 43, § 47 Rn. 20; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 163 Rn. 8 f.; H. P. Westermann, S. 442; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 283 ff.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 7; MünchHandbuchGmbH-Wolff, § 38 Rn. 5; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 28. Das Abspaltungsverbot sieht sich jedoch auch Kritik ausgesetzt, vor allem in der älteren Literatur: Vgl. Erman, in FS Nipperdey I, S. 277, 286 unter Hinweis auf die Rechtslage beim Testamentsvollstrecker; Hachenburg-Schilling, 7. Auflage, § 14 Rn. 31 mit Hinweis u. a. auf ein wirtschaftliches Bedürfnis. Die h. M. ist jedoch der richtige Weg, da eine Abspaltung die Selbstbestimmung und -steuerung in der Gesellschaft gefährden würde, Flume, juristische Person, § 7 II, S. 201 f.; Hachenburg-Raiser, § 14 Rn. 32; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 III.4.a).

Differenzierend Fleck, in FS Robert Fischer, S. 107 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 2: Sie sehen nur die dauerhafte und unwiderrufliche Stimmrechtsabspaltung als unzulässig an. Die zeitlich von vornherein begrenzte oder kündbar ausgestaltete Übertragung sei dagegen nach einer Auffassung unbedenklich, so Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 25. Nach anderer Auffassung sei zudem erforderlich, dass der Stimmrechtsträger hinreichend eng und rechtssicher an das Gesellschaftsinteresse gebunden sei, was dann der Fall ist, wenn er wirtschaftlich die Stellung eines Gesellschafters habe oder weisungsgebunden aufgrund eines jederzeit widerruflichen Auftrags sei, Fleck, in FS Fischer, S. 107 ff., 128 f.; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 2.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Insbesondere im Hinblick auf das Mitgliedschaftsrecht, käme die gegenteilige Auffassung einem Systembruch gleich, da es isoliert würde. Daran ändert weder die zeitliche Komponente etwas, da es gerade um diesen Trennungszeitraum geht und nicht um eine mögliche Beendigung dieses Zustands. Ein systemwidriger Zustand wird nicht dadurch rechtmäßig, dass er nur kurz andauert. Noch führt eine gesellschafterähnliche Stellung zu einer anderen Beurteilung, da das Stimmrecht mit der Mitgliedschaft verknüpft ist und nicht mit einer dieser vergleichbaren Rechtsstellung, Michalski-Römermann, § 47 Rn. 49. Vor allem ist die Gegenauffassung aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit abzulehnen. So soll nämlich das Stimmrecht, falls der Kernbereich der Mitgliedschaft berührt wird, wieder dem Anteilseigner selbst zustehen, Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 2. Eine exakte Abgrenzung der Stimmrechtsbefugnisse ist dann kaum möglich, Michalski-Römermann, § 47 Rn. 49. Dem wollen Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 2 zwar durch eine klare Befugnisabgrenzung entgegen, lassen aber offen, wie sie dies bewerkstelligen wollen, Michalski-Römermann, § 47 Rn. 49.

¹⁷⁵⁴ BGH, Urteil vom 10.11.1951, BGHZ 3, 354, 357 ff. (Personengesellschaft); Urteil vom 11.10.1976, DB 1976, 2295, 2297 (GmbH); OLG Hamburg, Beschluss vom 22.2.1989, GmbHR 1990, 42, 43 (GmbH); Hueck, § 11 II.3.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, § 47 Rn. 48; Michalski-Römermann, § 47 Rn. 436; Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 83; ders., Gesellschaftsrecht, § 19 III.4.a); Schörnig, S. 64 f.; Teichmann, S. 225; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 163 Rn. 14; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 36; a. A. H. P. Westermann, S. 402 ff., 419. Ausgeschlossen ist nach überwiegender Meinung auch die Ermächtigung zur Ausübung der Rechte im eigenen Namen, Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 III.4.a); H. P. Westermann, S. 398 ff.

¹⁷⁵⁵ BGH, Urteil vom 10.11.1951, BGHZ 3, 354, 357 ff., 359; Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 365. Es ist zwar zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung des BGH davon abgerückt ist, das Abspaltungsverbot als absolute und unabänderliche Schranke zu betrachten. So hat der Erbrechtssenat (IV. Zivilsenat) im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung hinsichtlich der Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt, dass der Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft dem Fortbestehen der Testamentsvollstreckung an den ererbten Gesellschaftsanteilen insoweit nicht entgegensteht, als es sich um die aus dem Anteil folgenden übertragbaren Vermögensrechte handelt, BGH, Beschluss vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1286. Er bezieht sich dabei auch auf das Urteil des Gesellschaftsrechtssenat (II. Zivilsenat) – BGH, Urteil vom 25.2.1985, NJW 1985, 1953, 1954, in dem der Senat ausführt, zumindest der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben unterliege der Testamentsvollstreckung und könne ihr auch nicht durch Übertragung des Kommanditanteils auf den persönlich haftenden Gesellschafter entzogen werden, vgl. hierzu genauer unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb(3), S. 191.

Nachdem sich allerdings die Gruppenvertretung nicht nur auf die Vermögensrechte der Gesellschafter bezieht, sondern auf die Gesellschafterstellung insgesamt, muss die Zulässigkeit der Gruppenvertretung, jedenfalls bis zu einer höchstrichterlichen Klärung des Abspaltungsverbots, nach wie vor anhand des Prinzips der Einheitlichkeit der Beteiligung beurteilt werden, Schörnig, S. 64.

¹⁷⁵⁶ Baumbach/Hopt, HGB, § 163 Rn. 10; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 537; GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 15; Schörnig, S. 84. Dieser Meinung ist allerdings Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 389, der aufgrund dieser Annahme gerade keinen Verstoß gegen das Abspaltungsverbot sieht; im Anschluss daran auch Noack, Gesellschaftervereinbarungen, S. 77; vgl. auch H. P. Westermann, S. 360. Jedoch ist gerade bei der Annahme eines Organs die Bejahung eines Verstoßes nahe liegend, so dass die Verneinung eines Verstoßes gegen das Abspaltungsverbot mit der Annahme eines Organs nicht vereinbar ist, vgl. Flume, Personengesellschaft, § 14 V, S. 222; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 531; MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 19. Gegen eine Organstellung spricht zudem, dass die Bestellung des Gruppenvertreters dann einen Mitwirkungsakt aller Gesellschafter, also auch der gar nicht vertretenen voraussetzen würde, was mit der gesellschaftsvertraglichen Vertreterklausel aber nicht beabsichtigt ist. Zudem geriete die Vertreterklausel in Konflikt mit dem Grundsatz der Selbstorganschaft (Vgl. Fn. 1736, 1887), wenn persönlich haftende Gesellschafter von der Klausel erfasst wären, MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 19.

¹⁷⁵⁷ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295 f.; Flume, Personengesellschaft, § 14 V, S. 222; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 537. Es droht aus diesem Grund auch kein Konflikt mit dem Grundsatz der Selbstbestimmung, vgl. Schörnig, ZEV 2002, 343, 347; vgl. zur Problematik bei persönlich haftenden Gesellschaftern a.a.O. S. 346.

¹⁷⁵⁸ Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 8; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 531; ders., Gesellschaftsrecht, § 19 III.4.c); Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 44; Schörnig, S. 65.

Allerdings kann mit dieser rein formalen Betrachtung ein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot nicht notwendig ausgeschlossen werden. Die bloße Einordnung des Gruppenvertreters als Bevollmächtigten reicht nicht aus.¹⁷⁵⁹ Hinzukommen muss vielmehr eine materielle Komponente, wobei hier eine Orientierung an den oben geschilderten Rechtsprechungsfällen möglich ist, die jedenfalls als Verstoß gegen das Abspaltungsverbot zu sehen sind. Die Rechtsprechung befasst sich zwar nur mit der Stimmrechtsabspaltung. Wenn jedoch schon diesbezüglich kein Verstoß feststellbar ist, so erübrigt sich die Beurteilung weiterer Rechte, insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob die Rechtsprechungsgrundsätze darauf entsprechend Anwendung finden.¹⁷⁶⁰ Maßgeblich muss insoweit sein, mit welcher Rechtsmacht der Vertreter ausgestattet ist. Die Gruppenvertretung darf nicht vergleichbar sein mit einem Stimmrechtsverzicht der Vertretenen unter gleichzeitiger unwiderruflicher Vollmacht an den Gruppenvertreter. Nur, wenn man folglich in der Vertreterklausel einen Zwang zum Verzicht auf eigene Gesellschafterrechte sieht, liegt ein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot vor.¹⁷⁶¹ Davon unterscheidet sich allerdings die Vertreterklausel dadurch, dass der vertretenen Gruppe noch bestimmte Freiheiten verbleiben (müssen). Wichtig ist somit, dass den Erben die Wahlmöglichkeit bleibt, notfalls keinen Vertreter zu bestellen. Dies führt allerdings auch zur Rechtsausübungsunmöglichkeit. Es muss die Freiheit bleiben, verbindliche Weisungen zu erteilen und den Gruppenvertreter auch jederzeit wieder abberufen zu können. Folglich ist auch keine generelle, dem Abspaltungsverbot unterliegende Zwangsgemeinschaft gegeben, sondern der mit der Vertreterklausel verbundene Zwang beschränkt sich auf den Aspekt, dass die Erben nur die Wahlmöglichkeit haben, ihre Rechte durch einen Vertreter ausüben zu lassen oder gar nicht. Zudem müssen sich die Erben, falls sie sich für die Bestellung eines Vertreters entscheiden, in eine gewisse Gruppenorganisation einfügen. Ein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot ist dann zu verneinen.¹⁷⁶² Denn bei einer entsprechend gestalteten Klausel handelt es sich gerade nicht um eine verschleierte Abtretung. Es liegt auch keine unwiderrufliche Vollmacht vor, sondern die Gesellschafter können den Gruppenvertreter abberufen.¹⁷⁶³ Zudem scheidet ein gleichzeitiger Verzicht auf etwa ihr Stimmrecht aus, weil ihnen nur die Möglichkeit der persönlichen Ausübung genommen ist, ohne dass auch die Einflussnahme im Wege der Weisung ausgeschlossen wäre.¹⁷⁶⁴

(c) Schranken der obligatorischen Gruppenvertretung

Die Übertragung auf den Gruppenvertreter kann allerdings nicht schrankenlos erfolgen. Probleme ergeben sich, wenn Beschlüsse betroffen sind, die in die Rechtsstellung der vertretenen Erben eingreifen. Hier ist vieles streitig.¹⁷⁶⁵ Der Bundesgerichtshof hat in einer grundlegenden Entscheidung offen gelassen, inwieweit über eine obligatorische Gruppenvertretung im Einzelfall auch unentziehbare Rechte der vertretenen Erben erfasst werden können.¹⁷⁶⁶ Richtig daran ist, dass auch den Erben als Gesellschaftern jedenfalls ein unverzichtbarer sowie ein unentziehbarer Kernbereich an Rechten zu verbleiben hat, in den nicht bzw. nicht ohne ihre Zustimmung eingegriffen werden kann. Die Kernbereichslehre findet daher auch hier Anwendung,¹⁷⁶⁷ wenngleich ihr hauptsächlich Anwendungsbereich die Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen betrifft.¹⁷⁶⁸

¹⁷⁵⁹ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 531; vgl. auch Reuter, Perpetuierung, S. 213.

¹⁷⁶⁰ Schörnig, S. 64; dies verkennt Park, wenn er feststellt, die vom BGH gefundenen Ergebnisse seien auch auf andere Gesellschafterrechte übertragbar, Park, S. 30.

¹⁷⁶¹ MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 19. So aber Reuter, Perpetuierung, S. 213, 221, der von einer Zwangsgemeinschaft ohne eine für die Willensbildung erforderliche Interessenhomogenität spricht und daraus wegen der Gefahr der Entstehung eines unabhängigen Vertretermandates einen Widerspruch zum Verbot der Abspaltung ableitet, a.a.O., S. 221.

¹⁷⁶² BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 296; Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 18/88, GmbHR 1989, 120, 121; Heymann-Horn, HGB, § 164 Rn. 16; Klumpp, ZEV 1999, 305, 306; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 162; Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 80; Hachenburg-Raiser, § 14 Rn. 35; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 531 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 19 III.4.c); Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 44; MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 21; Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert, HGB, § 163 Rn. 19; Scholz-Winter, § 15 Rn. 7; a. A. Reuter, Perpetuierung, S. 221; H. P. Westermann, S. 359 f., der allerdings die Vertreterklausel dennoch zulässt; Erman, in FS Nipperdey I, S. 277, 289.

¹⁷⁶³ Vgl. hierzu unten 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(3), S. 184.

¹⁷⁶⁴ Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 8 f.; vgl. hierzu unten 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(4)(a), S. 186. Vgl. zur Problematik der analogen Anwendung des Abspaltungsverbots Schörnig, S. 66 ff.; MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 13 ff.

¹⁷⁶⁵ Vgl. ausführlich Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 533 ff.

¹⁷⁶⁶ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295.

¹⁷⁶⁷ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295; Baumbach/Hopt, HGB, § 163 Rn. 11; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 23; Heymann-Horn, HGB, § 164 Rn. 17; Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 80; GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 16 i.V.m. Rn. 6, 7; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 533; Schörnig, S. 69 (auch ausführlich zu den etwaigen kernbereichsrelevanten Rechten, S. 69 ff.); H. P. Westermann, S. 354.

Strittig ist, was hinsichtlich Grundlagengeschäften zu gelten hat. Überwiegend wird hierzu vertreten, der Gruppenvertreter sei generell von Beschlüssen ausgeschlossen, die die Gesellschafterstellung betreffen, also Grundlagengeschäfte, weil ansonsten eine nicht zumutbare Ungleichbehandlung der Erbenkommanditisten gegenüber den übrigen Gesellschaftern, die der Vertretungspflicht nicht unterliegen, gegeben sei, Flume, Personengesellschaft, § 14 V, S. 222; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 23; GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 16; Schörnig, S. 70; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 392. Nach einer Mindermeinung muss jedoch auch in diesen Fällen die Möglichkeit der Erteilung von Weisungen an den Gruppenvertreter durch die Erben ausreichend sein, da anderenfalls die Alternative der gemeinsamen Wahrnehmung von Rechten zu sehr eingeschränkte wäre, Heymann-Horn, HGB, § 164 Rn. 17; Immennga, ZGR 1974, 385, 402. Dem kann nicht gefolgt werden, da dieser Bereich so wichtig ist, sogar von existenzieller Bedeutung sein kann, dass die Wahrung der Anteilsrechte auf dieser Ebene in der Dispositionsbefugnis der einzelnen Gesellschafter verbleiben muss, Schörnig, S. 70. Heymann-Horn, HGB, § 164 Rn. 17 beruft sich zwar unter anderem auf Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 117 sowie BGH, Urteil vom 24.11.1975, BGHZ 66, 82. Martens hält jedoch hinsichtlich Einlageerhöhungen ausdrücklich eine besondere Regelung der Entscheidungskompetenz im Gesellschaftsvertrag für erforderlich und spricht sich in Rn. 80 gerade für die h. M. aus. Die Entscheidung des BGH befasst sich nicht mit der Vertreterproblematik, so dass diese Zitate keine Stützung für die Mindermeinung darstellen. Teilweise wird auch innerhalb der h. M. bei einer expliziten gesellschaftsvertragliche Grundlage auch eine Gruppenvertretung im Grund-

Der Gruppenvertretung stehen somit grundsätzlich keine Zulässigkeitsprobleme entgegen. Problematisch ist vielmehr die Organisation der Erben, insbesondere die Willensbildung und Beschlussfassung innerhalb der Gruppe im Hinblick auf Bestellung, Abberufung des Gruppenvertreters sowie die Erteilung von Weisungen.¹⁷⁶⁹

(2) Bestellung des Gruppenvertreters: Mehrheitsentscheidung oder Einstimmigkeit des Beschlusses

Die Bestellung des Vertreters bedarf eines Beschlusses der vertretenen Erben. Auf diese Weise ist die Legitimation des Gruppenvertreters auf eine zweifache Grundlage gestellt, zum einen den Gesellschaftsvertrag, zum anderen den Willen der Erben-Kommanditisten.¹⁷⁷⁰ Problematisch ist allerdings, ob die Bestellung des Gruppenvertreters durch einstimmigen Beschluss der Erben zu erfolgen hat, oder ob hierfür eine mehrheitliche Entscheidung ausreichend ist.

(a) Gesellschaftsvertragliche Bestimmung der Mehrheitserfordernisse

Aus kautelarjuristischer Sicht wäre es unproblematisch, wenn die erforderliche Mehrheit bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden könnte. Es ist aber umstritten, inwieweit die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Binnenverfassung der Gruppe verteilter Erben bestimmen können.

So wird zum Teil argumentiert, dass der Gruppenvertreter gerade nicht Organ der Gesellschaft¹⁷⁷¹ ist und deshalb auch der Gesellschaftsvertrag nicht die Art und Weise der Willensbildung innerhalb der vertretenen Erben bestimmen kann. Solche Regelungen seien ein weiterer, über die bloße Anordnung der Vertreterklausel hinausgehender Eingriff in die Rechtsstellung der Erben-Kommanditisten. Die Zulässigkeit obligatorischer Gruppenvertretung im Hinblick auf das Abspaltungsverbot hänge vor allem davon ab, dass den Erben die Freiheit bleibe, die Person des Vertreters zu bestimmen oder auch keinen Vertreter zu bestellen.¹⁷⁷² Dies solle auch für die Binnenverfassung selbst gelten, so dass diese nicht von außen aufoktroiert werden könne. Folge ist, dass eine gesellschaftsvertragliche Klausel, die eine Mehrheitsentscheidung für die Bestellung des Vertreters ausreichen lässt, unwirksam ist. Gleiches gelte dann auch, falls vertraglich Einstimmigkeit gefordert wird, da die Binnenverfassung in die Kompetenz der vertretenen Gruppe selbst falle. Es kann nach dieser Auffassung von den Erben nur verlangt werden, dass das Stimmrecht einheitlich von einem Vertreter ausgeübt wird, wohingegen der Weg, auf dem die Erben dieses Ziel erreichen von diesen selbst bestimmt wird.¹⁷⁷³

Nach anderer Auffassung kann dagegen der Gesellschaftsvertrag die Binnenstruktur der Gruppe zumindest mitbestimmen, was damit begründet wird, dass der Minderheitsgesellschafter schon aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht gezwungen sei, an der Bestellung des Vertreters mitzuwirken.¹⁷⁷⁴ Gegen diese Ansicht spricht jedenfalls, dass sie nur dann einzuleuchten vermag, wenn man die Problematik der Binnenstruktur der Erbengemeinschaft zugleich als Problematik der Gesellschaftsorganisation sieht. Dies würde wiederum voraussetzen, dass man von einer Organstellung des Gruppenvertreters ausgeht. Dies ist jedoch abzulehnen.¹⁷⁷⁵ Die besseren Argumente lassen sich daher für die erstgenannte Ansicht finden.

lagenbereich für zulässig gehalten, BGH, Urteil vom 7.12.1972, NJW 1973, 1602; *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 392. Die Rechtssicherheit gebietet eine Regelung im Gesellschaftsvertrag.

Strittig ist dagegen, inwieweit von der Vertreterklausel auch die Geltendmachung von Individualrechten der Erben im Prozess, also die Prozessführungsbefugnis erfasst ist. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 300) soll dies nur dann der Fall sein, „wenn das im Gesellschaftsvertrag besonders bestimmt ist und die unzumutbaren Unklarheiten und Schwierigkeiten (vgl. hierzu a.a.O., S. 299 – Anmerkung des Verfassers) durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung beseitigt sind, die hinreichend klarstellt, wie das Prozessführungsrecht des Kommanditisten in Konfliktsfällen der aufgezeigten Art gestaltet sein soll.“ Einschränkend auch *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 228. Dagegen GroßkommentarHGB-*Schilling*, § 163 Rn. 16 (für den Kernbereich); *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 535.

¹⁷⁶⁸ *Schörnig*, S. 69; vgl. hierzu oben **2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15**.

¹⁷⁶⁹ MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 23.

¹⁷⁷⁰ Röhrich/Graf von Westphalen-von *Gerkan*, HGB, § 161 Rn. 22; Heymann-*Horn*, HGB, § 164 Rn. 18; Schlegelberger-*Martens*, HGB, § 161 Rn. 79, 84. Im Hinblick auf das Abspaltungsverbot kann der Gesellschaftsvertrag nicht auch die Person des Vertreters festlegen, *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 223 unter Hinweis auf die vergleichbare Rechtslage bei BGH, Urteil vom 12.7.1965, BGHZ 44, 158: Hier hat der BGH die Übertragung der Ausübung aller gesellschaftlichen Rechte für Lebenszeit auf einen Treuhänder für nichtig nach § 138 BGB erklärt, wenn dem Gesellschafter bei der Auswahl des Treuhänders keine Mitwirkungsbefugnis zusteht; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 547; *Schörnig*, S. 133. Ebenso wenig kann die Bestimmung des Vertreters der Gesellschafterversammlung übertragen werden, da auch hierdurch die Gefahr besteht, dass den Vertretenen eine bestimmte Person aufgezwungen wird und mithin das Abspaltungsverbot verletzt ist, *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 223; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 547; *Schörnig*, S. 135. Die Bestimmung des Vertreters mittels einer Verfügung von Todes wegen erreicht jedoch selbst bei einer gemeinsamen Verfügung mittels Erbvertrags nicht die gleichen verbindlichen Wirkungen wie eine gesellschaftsvertragliche Regelung, vgl. ausführlich *Schörnig*, S. 134 f. i.V.m. S. 93. Die Bevollmächtigung ist somit Sache der Vertretenen, so dass ihnen die Entscheidung zukommen muss, *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 547; *Schörnig*, S. 136; MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 24, 41.

¹⁷⁷¹ Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178**.

¹⁷⁷² Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178** sowie Fn. 1770.

¹⁷⁷³ *Klump*, ZEV 1999, 305, 306 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.c); ders., ZHR 146 (1982), 525, 542 f.; MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 24; weitergehend dagegen ders. in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 163 Rn. 20 i.V.m. 34, wo er die gesellschaftsvertragliche Bestimmung für den Fall zulassen will, dass entweder alle Beschlüsse einheitlich zu fassen sind oder aber die Mehrheitsentscheidungen auf die Fälle begrenzt werden, in denen sie nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sind. Offengelassen wurde die Problematik vom BGH im Beschluss vom 6.10.1992, BGHZ 119, 346, 353.

¹⁷⁷⁴ *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 228; Heymann-*Horn*, HGB, § 164 Rn. 18; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 12, der sich auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit beruft.

¹⁷⁷⁵ *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 542 und oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178**.

(b) Gesetzliches Einstimmigkeits-/Mehrheitsprinzip

Die Problematik wäre dann entschärft, wenn jedenfalls bereits kraft Gesetzes eine Mehrheitskompetenz gegeben wäre. Ob dies der Fall ist, ist allerdings höchst strittig.¹⁷⁷⁶ Teils wird argumentiert, dass bei fehlender Regelung des Innenverhältnisses eine Orientierung am Gesellschaftsvertrag zu erfolgen hat, so dass das Abstimmungsprinzip der Gesellschaft maßgeblich ist. Das Rechtsverhältnis der vertretenen Erben untereinander sei durch den Gesellschaftsvertrag vorbestimmt mit der Folge, dass die Minderheit bei Zulässigkeit einer Mehrheitsentscheidung bereits durch den Gesellschaftsvertrag vorbelastet sei.¹⁷⁷⁷ Doch spricht gegen eine Vorprägung der Binnenstruktur der vertretenen Gruppe durch den Gesellschaftsvertrag wiederum die Tatsache, dass der Gruppenvertreter gerade kein Organ der Gesellschaft ist. Folglich gelten die Grundsätze der Willensbildung in der Gesellschaft nicht automatisch auch für die Beschlussfassung bezüglich der Vertreterbestellung.¹⁷⁷⁸

Maßgeblich ist vielmehr, wie das Verhältnis der vertretenen Erben untereinander und zum Gruppenvertreter einzuordnen ist. Nach der überwiegend vertretenen und zumindest noch herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung wird das zwischen den gebundenen Gesellschaftern bestehende Verhältnis als GbR¹⁷⁷⁹ eingeordnet oder doch zumindest als gesellschaftsähnliches Verhältnis,¹⁷⁸⁰ dessen Zweck in der Vertretung der Kommanditistenrechte durch den Gruppenvertreter liegt und auf das die Regelungen der GbR Anwendung finden.¹⁷⁸¹ Nach der Regelung des § 709 I BGB ist daher auch grundsätzlich ein einstimmiger Beschluss aller gebundenen Vertreter erforderlich.

Dieser Einordnung kann allerdings nicht gefolgt werden.¹⁷⁸² Man kann nicht generell vom Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgehen und somit auf das personengesellschaftliche Einstimmigkeitsprinzip abstellen. Die Annahme einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts setzt mehr oder weniger waghalsige Konstruktionen¹⁷⁸³ für einen entsprechenden Vertragsschlusses voraus, der letztendlich nur unterstellt werden kann. Zwar steht es den Erben offen, sich in Form einer GbR zu konstituieren, doch ist dies nicht per se der Fall und würde auf eine Fiktion hinauslaufen. Eine entsprechende Willenseinigung wird zudem häufig an der Nachweisbarkeit scheitern¹⁷⁸⁴. Auch im Hinblick auf die Rechtsfolge der im Personengesellschaftsrecht geltenden Einstimmigkeitsmaxime kann dem nicht gefolgt werden. Zwar lehnt die Rechtsprechung eine Rechtlosstellung der Erben ab, weil aufgrund der Tatsache, dass die gebundenen Gesellschafter ihre Rechte nur durch einen Vertreter geltend machen können, jeder gegen die übrigen einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Bestellung habe. Sind die anderen dazu nicht bereit und kommt somit eine Einigung auf einen bestimmten Vertreter nicht zustande, so stehe es jedem Kommanditisten frei, selbst einen geeigneten Vertreter zu benennen¹⁷⁸⁵ und gegen die übrigen Gesellschafter auf Zustimmung zu klagen. Die Klage habe Erfolg, wenn die beklagten Gesellschafter keine plausiblen Argumente gegen die vorgeschlagene Person vorbringen können.¹⁷⁸⁶

¹⁷⁷⁶ Vgl. zu dieser Frage ausführlich *Schörnig*, S. 96 ff. Auf den ersten Blick mag dies merkwürdig erscheinen, denkt man doch zunächst daran, dass für die Erbengemeinschaft, die die Gesellschafter nun einmal darstellen, die Bestimmung des § 2038 I bzw. II i.V.m. insbesondere § 745 BGB sämtliche Unklarheiten beseitigt. Diese Lösung scheidet jedoch daran, dass der Kommanditanteil im Wege der Singularsukzession anteilig auf die Erben übergegangen ist, sich somit an der Erbengemeinschaft als Gesamthand vorbei vererbt, vgl. oben 2. Kapitel: VI.1.b), S. 174. Die Bestimmung des § 2038 BGB kann daher keine Anwendung finden, *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 13; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 545; *Schörnig*, S. 97 f. Anderes ist die Rechtslage daher bei der erbrechtlichen Nachfolge in eine GmbH-Beteiligung, da § 745 BGB hier über § 2038 BGB Anwendung findet, BGH, Urteil vom 14.12.1967, BGHZ 49, 183, 191; Urteil vom 6.10.1992, BGHZ 119, 346, 354. Der Grund liegt darin, dass der Gesellschaftsanteil der Erbengemeinschaft gesamthänderisch zusteht, vgl. oben 2. Kapitel: VI.1.b), S. 174.

¹⁷⁷⁷ Eine Orientierung am Gesellschaftsvertrag bevorzugt *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 393 (für die Weisungserteilung), S. 394 (für den Fall der Bestellung), allerdings mit der Einschränkung, dass dies nur dann gilt, wenn in der Gesellschaft das Einstimmigkeitsprinzip herrscht. Bezüglich der GmbH plädiert auch *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen, S. 77 f. für eine Orientierung an der Satzung. Vgl. insoweit auch BGH, Urteil vom 25. 9.1989, WM 1989, 1809 (GmbH).

¹⁷⁷⁸ *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 543 und oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178. Man könnte dann auch gleich die direkte Bestimmung der Binnenstruktur durch den Gesellschaftsvertrag zulassen; im Ergebnis ebenso *Schörnig*, S. 120 f.

¹⁷⁷⁹ *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 13: Zwar liege zunächst noch kein Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 BGB vor. Erfüllen allerdings die Erben die aus dem Gesellschaftsvertrag resultierende Pflicht zu einem Zusammenschluss durch Bestellung eines gemeinsamen Vertreters, so liege darin der konkludente Vertragsschluss. *H. P. Westermann*, S. 348 lässt als Vertragsschluss der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter bereits die Annahme der Erbschaft genügen; ebenso *Immenga*, ZGR 1974, 385, 396. Für die Annahme einer GbR auch *Heymann-Horn*, HGB, § 164 Rn. 18. Insoweit jedenfalls für das Prinzip der Einstimmigkeit *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 85; *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 9 Rn. 26; vgl. auch *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 394 f., der dies jedoch grundsätzlich aus einer Orientierung am Gesellschaftsvertrag ableitet, wenn dieser dem Einstimmigkeitsprinzip folgt, vgl. schon oben Fn. 1777.

¹⁷⁸⁰ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295; auch *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 225.

¹⁷⁸¹ Die Notwendigkeit, eine die Erben umschließendes Sonderrechtsverhältnis anzuerkennen, hat seine Ursache letztlich darin, dass ansonsten nur die Möglichkeit bleibt, die Gruppenvertretung als nichts anderes als eine geschlossene Kette von Einzelvollmachten einzuordnen. Dies wäre allerdings eine völlig unbefriedigende Lösung, was schon daraus folgt, dass der Vertreter erst dann die Gesellschafterrechte ausüben könnte, wenn jeder Erbe ihn bevollmächtigt hätte, vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 538; *Schörnig*, S. 98 f. Die eigentliche Problematik liegt daher in der Begründung eines Sonderrechtsverhältnisses, *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 538.

¹⁷⁸² Eine GbR ist freilich nicht per se ausgeschlossen, da auch das gemeinsame Haben und Halten eines Rechts Gegenstand einer solchen sein kann, *Flume*, Personengesellschaft, § 3 III, S. 45 ff.; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 541; *MünchKomm-Karsten Schmidt*, § 741 Rn. 4 f.; *Palandt-Thomas*, § 705 Rn. 20, 24; *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 112.

¹⁷⁸³ Vgl. schon oben Fn. 1779.

¹⁷⁸⁴ *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 82; *Noack*, Gesellschaftervereinbarung, S. 77; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 540 f. Vgl. ausführlich zur Konstruktion eines Vertragsschlusses entweder kraft konkludenten Handelns bzw. kraft Vertrags – und Willensfiktion *Schörnig*, S. 102 ff.

¹⁷⁸⁵ Nach anderer Auffassung steht dieses Recht nur der Mehrheit der Mitglieder der vertretenen Gruppe zu, *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 14; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 397.

¹⁷⁸⁶ BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 297; aus der Literatur *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 225; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 14; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 397.

Doch ist dies nicht praktikabel, zumal bei Benennung jeweils gleich geeigneter Vertreter seitens der Erben die Zustimmung der übrigen Gesellschafter mangels Spruchreife nicht durch das rechtskräftige Urteil nach § 894 I ZPO ersetzt wird. Jedenfalls entsteht ein zeitraubendes Durcheinander von Prozessen bzw. Klagen und Widerklagen.¹⁷⁸⁷ Dem kann man auch nicht das Argument entgegenhalten, gerade aufgrund dieser Komplikationen entstehe ein heilsamer Einigungszwang.¹⁷⁸⁸ Vielmehr droht eine Lähmung der Gesellschafter, so dass diese Argumentation eher Resignation als Argument ist.¹⁷⁸⁹

Einzig sinnvoll kann daher nur die analoge Anwendung des § 745 I BGB sein.¹⁷⁹⁰ Der Sinn und Zweck der obligatorischen Gruppenvertretung besteht gerade darin, die gebundenen Gesellschafter faktisch so zu stellen, als stünde ihnen der Geschäftsanteil gemeinschaftlich zu. Eine analoge Anwendung der §§ 741 ff. BGB ist daher gerechtfertigt. Es entsteht durch die einheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der gebundenen Gesellschafter durch den Gruppenvertreter eine der Rechtsgemeinschaft¹⁷⁹¹ nach § 741 BGB ähnliche Sonderverbindung.¹⁷⁹² Eine BGB-Gesellschaft kann nur dann angenommen werden, wenn sich die Gesellschafter darüber hinaus in Form eines Stimmrechtskonsortiums organisiert haben, wozu allerdings ein Vertrag erforderlich ist und die bloße gemeinschaftliche Bestellung des Gruppenvertreters gerade nicht ausreichend ist.¹⁷⁹³

Auch der Bundesgerichtshof bewegt sich von seiner früheren Rechtsprechung hin zur Bejahung einer Mehrheitsentscheidung und in Richtung einer entsprechenden Anwendung der §§ 741 ff. BGB, insbesondere des § 745 I BGB.¹⁷⁹⁴

Es zeigt sich somit, dass auch für den Fall, dass eine Festlegung der Abstimmungsmodalitäten im Gesellschaftsvertrag für die Binnenstruktur der vertretenen Gruppe als unzulässig eingeordnet wird, bereits kraft Gesetzes grundsätzlich das Mehrheitsprinzip auch für die gebundenen Gesellschafter greift.¹⁷⁹⁵ Im Hinblick auf eine bestmögliche Vertragsgestaltung sollte man dennoch nicht davor zurückschrecken, bereits im Gesellschaftsvertrag der KG die Abstimmungsmodalitäten festzulegen, da diese Möglichkeit nach wie vor strittig ist und zudem auch die Frage der Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB noch nicht gänzlich geklärt ist. Ein zweites Standbein ist daher zu empfehlen. Das Risiko der Unwirksamkeit ist kalkulierbar. Sollte diese Bestimmung wie nach der hier vertrete-

¹⁷⁸⁷ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.c); ders. ZHR 146 (1982), 525, 543 f.; dies erkennen auch *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 14 und *Immenga*, ZGR 1974, 385, 397; Würde das Bestimmungsrecht jedem Gesellschafter eingeräumt, so würde dies zu einer Vielzahl von Verfahren auf Zustimmung führen, *Immenga*, ZGR 1974, 385, 397, Fn. 53; *Immenga* gesteht daher nur der Mehrheit ein Benennungsrecht (vgl. schon oben Fn. 1785) und sieht darin wohl die Lösung, vgl. ZGR 1974, 385, 397. *Hueck* erkennt wenigstens, dass auch dann eine Patt-Situation entstehen kann, da schließlich die Gefahr besteht, dass mit gleicher Mehrheit zwei gleich geeignete Personen vorgeschlagen werden, will dann aber das Los entscheiden lassen, ZHR 125 (1963), 1, 14 f. Dies zeigt die Hilflosigkeit, in die sie diese Auffassung manövriert.

MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 29, der das Einstimmigkeitsprinzip zunächst ohne Abstellen auf die GbR herleitet (a.a.O., Rn. 25 f. sowie oben Fn. 1779), erkennt ebenfalls die fehlende Praktikabilität des von der Rechtsprechung vorgeschlagenen Wegs, versucht sich aber durch einen Blick auf vergleichbare, gesetzliche geregelte Fälle zu retten und kommt erst jetzt zur GbR (§ 709 BGB) bzw. Erbengemeinschaft (§ 2040 BGB). Aus diesen leitet er die Alternativen entweder des Unterbleibens der Maßnahme mangels Einigung oder die Beendigung des Rechtsverbands mittels Auseinandersetzung ab. Über die §§ 723, 726, 730 bzw. 2042 BGB gelangt er schließlich zu den §§ 752 ff. BGB, MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 30. Dies ist inkonsequent, da er die dogmatische Begründung dafür schuldig bleibt, warum nun doch Gesamthandsrecht bzw. dessen Rechtsgedanken Anwendung finden soll.

¹⁷⁸⁸ So aber *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 85.

¹⁷⁸⁹ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.c); so auch MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 29.

¹⁷⁹⁰ Eine direkte Anwendung scheidet aus, weil nicht ein gemeinschaftlicher Anteil gegeben ist, sondern im Wege der Gruppenvertretung lediglich eine Zusammenfassung einer Mehrheit von Anteilen vorliegt. Einzelne Rechte stehen mehreren Personen nur zur einheitlichen Ausübung zu, vgl. *Schörnig*, S. 100 f., 106.

¹⁷⁹¹ Vgl. zur Terminologie *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 1 I.2.b).

¹⁷⁹² *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 161 Rn. 22; *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306; GroßkommentarHGB-*Schilling*, § 163 Rn. 17; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 540 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 21 II.5.c); *Scholz-Karsten Schmidt*, Anh. § 45 Rn. 44; *Schörnig*, S. 106 ff., 120 ff.: Nicht ganz nachvollziehbar ist allerdings seine Argumentation, mit der er die Anwendung der §§ 741 ff. BGB auf ein zweites Standbein stellt. Da es Ziel der Gesellschafter sei, das Prinzip der Singularsukzession im Außenverhältnis der Gruppenmitglieder zu umgehen und durch die Strukturen einer Erbengemeinschaft zu ersetzen, hält es *Schörnig* deshalb für folgerichtig, die Verwaltungsregeln der Erbengemeinschaft sinngemäß anzuwenden, a.a.O., S. 111 f.; hier wird eher das Wünschenswerte an Stelle des rechtlich Möglichen gesetzt; richtiger Begründungsansatz kann nur der Schluss von der Notwendigkeit einer Verfassung auf die Rechtsnatur der Gruppe sein, *Scholz-Winter*, § 47 Rn. 80 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.7.1994, WM 1994, 1799, 1801, das ausdrücklich der Auffassung *Karsten Schmidts* zuneigt, die Frage aber offenlassen konnte.

¹⁷⁹³ *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 541; *Schörnig*, S. 102.

¹⁷⁹⁴ BGH, Beschluss vom 6.10.1992, BGHZ 119, 346, 354; vgl. auch BGH, Urteil vom 19.1.1993, BGHZ 121, 137, 150 f.: Der BGH lehnt hier explizit die generelle Befürwortung einer GbR ab, lässt allerdings offen, ob die Annahme einer Mehrheitskompetenz auf § 745 I BGB beruht [er verweist hier unter anderem auf *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 741] oder der Tatsache, dass auch innerhalb der KG das Mehrheitsprinzip galt (er nimmt hier Bezug auf *Wiedemann*, Mitgliedschaft, S. 393); aus der Instanzrechtsprechung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.7.1994, WM 1994, 1799, 1801.

¹⁷⁹⁵ Voraussetzung ist allerdings immer, dass es sich um „ordnungsgemäße Verwaltung“ im Sinne des § 745 I BGB handelt. Darunter ist jede Geschäftsführung im Interesse aller Gruppenmitglieder zu verstehen, die über die bloße Erhaltung (§ 744 II BGB) hinausgeht, *Palandt-Sprau*, § 744 Rn. 2. Die Bestellung des Vertreters kann jedoch darunter subsumiert werden. Organisationsakte, durch die sich die Gemeinschaft im Innenverhältnis eine Verfassung gibt, fallen zwar nicht unter § 745 I BGB (*MünchKomm-Karsten Schmidt*, §§ 744, 745 Rn. 14), wohl aber stellt die Vertreterbestellung eine Verwaltungsmaßnahme dar, *Staudinger-Langhein*, § 745 Rn. 7; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 545; *MünchKomm-Karsten Schmidt*, §§ 744, 745 Rn. 8; *Schörnig*, S. 141. So wird die Rechtslage auch für die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters nach § 69 I AktG beurteilt, *MünchKomm-Karsten Schmidt*, §§ 744, 745 Rn. 8.

Wenn ein Gruppenmitglied zur Vertretung bestellt werden soll, so ist dieses vom Stimmrecht nicht ausgeschlossen. Die Begründung hierfür ist nach *Karsten Schmidt* – ZHR 146 (1982), 525, 548 – darin zu sehen, dass es „bei der Beschlussfassung über die Vornahme von Rechtsgeschäften mit einem Mitglied einem allgemeinen verbandsrechtlichen Grundsatz (entspricht – Anmerkung des Verfassers), daß sich die Willensbildung im Bereich der „Sozialakte“ aus dem Interessenwiderstreit aller Gesellschafter ergeben soll“, vgl. auch BGH, Urteil vom 29.9.1955, BGHZ 18, 205, 210; Urteil vom 9.12.1968, BGHZ 51, 209, 215 f., beide zur GmbH; *Staudinger-Habermeier*, § 709 Rn. 24; *Staudinger-Keßler*, 12. A., § 709 Rn. 8; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 47 Rn. 110 auch zur Terminologie; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 36 III.3.b); *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 51.

nen Auffassung unzulässig sein, so greift nach richtiger Ansicht über § 745 I BGB analog das Mehrheitsprinzip bei Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung.¹⁷⁹⁶

(3) Abberufung des Gruppenvertreters

Auch hinsichtlich der Abberufung des Gruppenvertreters ist noch vieles ungeklärt. Der Streit dreht sich um die Frage, ob der Widerruf der Vollmacht ausgeschlossen werden kann und ob eine einstimmige Entscheidung erforderlich ist oder auch eine Mehrheitsentscheidung in Betracht kommt, wie dies für die Frage der Bestellung des Gruppenvertreters nach der hier vertretenen Auffassung der Fall ist. Darüber hinaus bleibt zu klären, ob nicht jedem gebundenen Gesellschafter aus eigener Initiative das Recht zustehen muss, den Gruppenvertreter abzu-berufen.

(a) Ausschluss der Abberufung des Gruppenvertreters

Unstreitig ist lediglich, dass sich die Abberufung nach § 168 BGB richtet, da es sich um eine rechtsgeschäftliche Vollmacht handelt.¹⁷⁹⁷ Die Möglichkeit des Ausschlusses der Abberufung muss im Kontext des Abspaltungsverbots beurteilt werden. Da nach richtiger Ansicht die obligatorische Gruppenvertretung vor dem Abspaltungsverbot nur unter der Prämisse bestehen kann, dass sie nicht zu einer der Abtretung vergleichbaren Rechtslage führt,¹⁷⁹⁸ muss der Gruppenvertreter abberufen werden können. Der Gesellschaftsvertrag¹⁷⁹⁹ kann daher jedenfalls nicht die Möglichkeit des Widerrufs aus wichtigem Grund ausschließen.¹⁸⁰⁰ Darüber hinaus muss sogar generell ein Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit als unwirksam eingestuft werden.¹⁸⁰¹ Denn die Widerrufsmöglichkeit ist gerade die Legitimationsvoraussetzung für die obligatorische Gruppenvertretung.¹⁸⁰² Der Ausschluss der Widerrufsmöglichkeit ist somit kein tauglicher Gegenstand des KG-Vertrages.¹⁸⁰³

(b) Mehrheitsanforderungen für den Widerruf

Die Problematik liegt daher eher bei der Frage, welche Anforderungen an die Beschlussfassung zu stellen sind, wenn die gebundenen Vertreter in ihrer Binnenverfassung keine diesbezügliche Regelung getroffen haben.¹⁸⁰⁴ Es muss differenziert werden zwischen der ordentlichen Abberufung und derjenigen aus wichtigem Grund. Teilweise wird auch für den „normalen“ Widerruf eine einstimmige Beschlussfassung gefordert, dies konsequenterweise

¹⁷⁹⁶ Es gilt freilich zu beachten, dass mit der bloßen Beschlussfassung betreffend die Vertreterbestellung eigentlich nur eine Willensbetätigung erfolgt, noch nicht aber die für die Vertretungsmacht erforderliche Willenerklärung selbst gegeben ist. Anderes gilt nur, falls dieser Beschluss einstimmig gefasst wurde, dann liegt darin gleichzeitig die Bevollmächtigung, die für ihre Wirksamkeit nur noch dem Vertreter zugehen muss, § 167 BGB, vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 548. Dies wirft die Frage auf, inwieweit die Mehrheit die Minderheit vertreten kann, mit anderen Worten, ob § 745 I BGB nur das Innenverhältnis betrifft oder, ob dem Mehrheitsbeschluss auch Außenwirkung dahingehend beizumessen ist, dass er auch von der Mehrheit ausgeführt werden kann bzw., bezogen auf den Fall der Vertreterbestellung, in dem Beschluss nicht nur eine Verpflichtung auch für die Minderheitsgruppenmitglieder zur Erteilung der Vertretungsmacht zu sehen ist, sondern bereits die Begründung der Vertretungsmacht selbst, so *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 548. Vgl. ausführlich zu dieser Problematik BGH, Urteil vom 29.3.1971, BGHZ 56, 47, 49 ff.; *Staudinger-Langhein*, § 745 Rn. 33 ff.; *MünchKomm-Karsten Schmidt*, §§ 744, 745 Rn. 25 f.; *Schörnig*, S. 141 ff. mit jeweils weiteren Nachweisen. Dies ist letztlich ein Problem der Legitimation des Vertreters gegenüber der Gesellschaft, vgl. daher unten **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(4)(b), S. 187**.

¹⁷⁹⁷ *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 22; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 550; *Schörnig*, S. 155.

¹⁷⁹⁸ BGH, Urteil vom 10.11.1951, BGHZ 3, 354, 359; Urteil vom 14.5.1956, BGHZ 20, 363, 365; vgl. schon oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178**.

¹⁷⁹⁹ Anderes gilt freilich hinsichtlich der Frage, ob die Gruppenmitglieder selbst in dem der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis die Unwiderruflichkeit begründen können, § 168, 2, HS. 2 BGB, vgl. *Hueck*, ZHR 125, 1963, 1, 22. Dies ist jedoch nicht durch einseitigen Verzicht möglich, sondern setzt gerade eine vertragliche Regelung voraus, BGH, Urteil vom 13.12.1990, NJW-RR 1991, 439, 441; *Palandt-Heinrichs*, § 168 Rn. 6. Eine solche kann sich zwar aus den Umständen, insbesondere aus dem Sinn und Zweck der Bevollmächtigung ergeben. Anzunehmen ist dies ohne besondere Regelung jedoch nur, wenn die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten erfolgt, BGH, Urteil vom 8.2.1985, WM 1985, 646, 647; Urteil vom 13.12.1990, NJW-RR 1991, 439, 441 f.; BayObLG, Beschluss vom 12.10.2001, NJW-RR 2002, 443, 444. Die interessantere Frage ist daher inwieweit der Gesellschaftsvertrag selbst hinsichtlich der Widerruflichkeit in die Binnenstruktur der Gruppe eingreifen kann.

¹⁸⁰⁰ *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 22; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 398; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 86; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 550; *Schörnig*, S. 160; dies gilt auch nach allgemeinen Grundsätzen unabhängig von der Problematik des Abspaltungsverbots. Dies ist auch den gebundenen Gesellschaftern verwehrt, vgl. *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 22 sowie allgemein BGH, Urteil vom 8.2.1985, WM 1985, 646, 647; *Palandt-Heinrichs*, § 168 Rn. 6; *Soergel-Leptien*, § 168 Rn. 26; *MünchKomm-Schramm*, § 168 Rn. 28 mit jeweils weiteren Nachweisen; vgl. auch schon oben Fn. **1799**.

¹⁸⁰¹ Für eine Beschränkung des Ausschlusses auf den Widerruf aus wichtigem Grund allerdings *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 22, „da das mit den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts (§§ 712 BGB, 117, 127 HGB) in Widerspruch stehen würde.“ Ihm folgend auch *Immenga*, ZGR 1974, 385, 398; *H. P. Westermann*, S. 349.

¹⁸⁰² *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 550; *Schörnig*, S. 155; vgl. auch *MünchHandbuchKG-Weipert*, § 9 Rn. 40. Gefolgt werden kann daher auch nicht der Ansicht, die zwar die Beschränkung des Widerrufs auf Fälle eines wichtigen Grundes akzeptiert, diese Hürde aber durch einen einstimmigen Beschluss der gebundenen Gesellschafter überwinden lässt, so dass jedenfalls die einstimmige Abberufung satzungsfest ist, *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 226. Auch dies schützt die Gesellschafter unzureichend, *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 550. Vgl. zur fehlenden Befugnis des Gesellschaftsvertrags zur Regelung der Gruppenverfassung schon oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(a), S. 181**.

¹⁸⁰³ Vgl. zu einer etwaigen schuldrechtlichen Wirkung einer dennoch erfolgten Vertragsklausel, *Schörnig*, S. 155 f.

¹⁸⁰⁴ Konsequenterweise wird auch hier eher der Meinung gefolgt, dass nur die gebundenen Gesellschafter selbst Vorgaben für die Willensbildung machen können, dies somit den Gesellschaftern im KG-Vertrag verwehrt ist, vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(a), S. 181**. Ein Problem stellt sich ohnehin nur dann, wenn die Binnenverfassung keine Regelung vorsieht.

vornehmlich von denjenigen, die dieses Erfordernis bereits für die Bestellung des Vertreters aufstellen. Die Vertretungsbefugnis ist demnach für den einzelnen Gesellschafter unwiderruflich¹⁸⁰⁵

Nach einer weitergehenden Auffassung steht es jedem Gesellschafter allein zu, den Widerruf der Vollmacht zu betreiben. Dies wird damit zu begründen versucht, dass es zum unentziehbaren Kernbereich an Rechten des gebundenen Vertreters zählt, über das Wann und das Wie lange der Gruppenvertretung zu entscheiden und dabei nicht vom Willen der anderen Gruppenmitglieder abhängig zu sein. Bei anderer Betrachtung ergäben sich Probleme im Hinblick auf das Abspaltungsverbot wegen der Perpetuierung der Vollmacht.¹⁸⁰⁶

Es kann keiner der Ansichten gefolgt werden. Ausgangspunkt muss sein, dass dann, wenn der Vertreter das Vertrauen der vertretenen Gruppe verloren hat, einem Widerruf seiner Vollmacht nicht die gegenteilige Auffassung vielleicht nur eines Gesellschafters entgegenstehen darf. Dies wäre eine nicht zu rechtfertigende Stärkung der Rechtsposition des Gruppenvertreters.¹⁸⁰⁷

Doch kann daraus nicht als Konsequenz die Möglichkeit der Abberufung durch jeden einzelnen vertretenen Gesellschafter gezogen werden. Dies würde entgegen dem eigentlichen Zweck der Gruppenvertretung wieder die Einheitlichkeit der gebundenen Gesellschafter gefährden.¹⁸⁰⁸ Entsprechend der mehrheitlichen Beschlussfassung, die auch für die Bestellung des Vertreters maßgeblich ist, muss auch dessen Abberufung von den für die Bestellung maßgebenden Gedanken geprägt sein.¹⁸⁰⁹ Haben sich die gebundenen Gesellschafter mehrheitlich für einen bestimmten Vertreter ausgesprochen, dann ist es nur richtig, wenn dieser auch solange im Amt bleibt, solange seine Person noch von einem mehrheitlichen Konsens unter den vertretenen Gesellschaftern getragen ist. Auch das Abberufungsrecht steht den Gruppenmitgliedern eben entsprechend der Binnenverfassung nur gemeinschaftlich zu. Dies folgt wiederum aus § 745 BGB¹⁸¹⁰ und ist nicht auf eine von der Regelung des § 709 BGB abweichende Regelung zurückzuführen.¹⁸¹¹ Der betroffene Vertreter darf, falls er gleichzeitig Gruppenmitglied ist, an der Abstimmung mitwirken.¹⁸¹²

Fraglich ist allerdings, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn es um die Abberufung aus wichtigem Grund geht. Jedenfalls diese Möglichkeit ist unabdingbar.¹⁸¹³ Teilweise wird hier für ein Abberufungsrecht jedes einzelnen Gesellschafters plädiert.¹⁸¹⁴ Es müssen jedoch grundsätzlich dieselben Prinzipien gelten wie bei der ordentlichen Abberufung, letztlich schon deshalb, weil das Vorhandensein eines wichtigen Grundes meist zweifelhaft sein wird.¹⁸¹⁵ Eine Ausnahme kann in analoger Anwendung des § 744 II BGB nur dann angenommen werden, wenn der Grund evident ist; dann ist dem einzelnen Gesellschafter ein Recht zum eigenen Vollzug der Abberufung zuzugestehen.¹⁸¹⁶

- ¹⁸⁰⁵ Flume, Personengesellschaft, § 14 V, S. 225; Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 86 und oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(b), S. 182.**
- ¹⁸⁰⁶ Vgl. MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 40: Rechtsfolge soll dann sein, dass jeder einzelne Gesellschafter die Vollmacht für sich widerrufen kann, dies jedoch keine Auswirkungen auf die Vertretungsmacht des Gruppenvertreters für die übrigen Gesellschafter hat, somit nur die seinem Anteil entspringenden Rechte ruhen. Diese Auffassung wird zudem geteilt von Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 395: Er geht davon aus, dass demjenigen, der für die Bestellung verantwortlich ist, auch die Möglichkeit der Abberufung gegeben sein muss. Dies soll auch für den Fall gelten, dass für die Bestellung Einstimmigkeit erforderlich ist.
- ¹⁸⁰⁷ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 551; insoweit auch Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 23; Immenga, ZGR 1974, 385, 398.
- ¹⁸⁰⁸ Klumpp, ZEV 1999, 305, 306.
- ¹⁸⁰⁹ Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 25 iVm Rn. 22.
- ¹⁸¹⁰ Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(b), S. 182.**
- ¹⁸¹¹ Vgl. Baumbach/Hueck, HGB, § 163 Rn. 10; Röhricht/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 161 Rn. 25 iVm Rn. 22; GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 17; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 551; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 44; Schörnig, S. 156 ff., 158; im Ergebnis ebenso Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 23; Immenga, ZGR 1974, 385, 398, die grundsätzlich für eine GbR plädieren – vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(b), S. 182** – und daher auf die geschilderte Konstruktion angewiesen sind, vgl. nur Immenga, ZGR 1974, 385, 398. Auch hinsichtlich der Abberufung handelt es sich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung, vgl. Schörnig, S. 156.
- ¹⁸¹² Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 23; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 551; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 52. Eine Ausnahme besteht allerdings dann, wenn es sich um eine Abberufung aus wichtigem Grund handelt; das Gruppenmitglied darf nicht Richter in eigener Sache sein, Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 8; GroßkommentarHGB-Schilling, § 163 Rn. 13; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 21 II.2.; Schörnig, S. 158 f.; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 53. Vgl. zum Verbot des Richtens in eigener Sache bereits oben zur Einziehung **2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.**
- ¹⁸¹³ Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 22; Immenga, ZGR 1974, 385, 398; vgl. schon oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(3)(a), S. 184.**
- ¹⁸¹⁴ MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 40 wie auch schon für die ordentliche Kündigung. Selbst Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 87, der grundsätzlich auch für die Abberufung am Einstimmigkeitsprinzip festhalten will – vgl. a.a.O. Rn. 86 – wirft hier die Frage nach einer Einzelabberufungsbefugnis auf, hält aber grundsätzlich an der Einstimmigkeit fest und erkennt eine Ausnahme nur für den Fall an, dass der wichtige Grund evident ist.
- ¹⁸¹⁵ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 551; Schörnig, S. 160 f.; vgl. insoweit auch Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 87; es drohen ansonsten viele Prozesse um das Vorliegen eines wichtigen Grundes, Immenga, ZGR 1974, 385, 398 f.
- ¹⁸¹⁶ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 551; Schörnig, S. 161, Fn. 418. Nur auf diese Weise kann der Prozessgefahr begegnet werden. Deshalb kann auch der Auffassung von Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 23 und auch Immenga, ZGR 1974, 385, 399 nicht gefolgt werden: Nach ihnen soll bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jedem der gebundenen Gesellschafter die Möglichkeit gegeben sein, von den übrigen die Mitwirkung für einen Widerruf zu verlangen und diese nötigenfalls gerichtlich zu erzwingen. Dies geht in die Richtung einer individuellen Abberufungsbefugnis, wobei allerdings nach dieser Auffassung die Wirksamkeit des Widerrufs von der Zustimmung der Mehrheit abhängig ist. Die Prozessgefahr wird dadurch nicht reduziert. Dieser Weg ist daher nur dann einzuschlagen, wenn sich keine Mehrheit unter den gebundenen Vertretern finden lässt und daher keine Abstimmung zustande kommt, vgl. Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 551 f. Dies beruht dann letztlich auf § 745 II BGB analog, vgl. Schörnig, S. 161. Im Ergebnis für den Fall der Evidenz ebenso Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 87 – vgl. schon oben Fn. 1814. Die Ansicht von Martens unterscheidet sich letztlich von der hier vertretenen Auffassung nicht durch den Ausgangspunkt (schwierige Beurteilung, wann ein wichtiger Grund vorliegt) und auch nicht durch die Schlussfolgerung daraus. Denn auch er zieht die Konsequenz, dass eben nichts anderes gelten könne wie schon für die Bestellung. Der Unterschied liegt einzig und allein darin, dass er vom Grundprinzip der Einstimmigkeit ausgeht, während hier die entsprechende Anwendung der §§ 741 ff. BGB vertreten wird.

Im Hinblick auf die Vertragsgestaltung sollte hier wie schon im Falle der Bestellung des Vertreters verfahren werden.¹⁸¹⁷

(4) Koordination von Innen- und Außenverhältnis

(a) Weisungskompetenz der gebundenen Gesellschafter

Die Koordination von Innen- und Außenverhältnis erweist sich als besonders schwierig. Insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit die gebundenen Gesellschafter zur Erteilung von Weisungen an den von ihnen bestellten Gruppenvertreter befugt sind oder ob der Vertreter nach freiem Ermessen entscheiden kann.

Teilweise wird vertreten, der Gesellschaftsvertrag könne auch die Frage, ob der Gruppenvertreter an Einzelweisungen gebunden ist, verbindlich regeln.¹⁸¹⁸ Dem steht jedoch das Abspaltungsverbot entgegen, das die Weisungskompetenz zwingend verlangt.¹⁸¹⁹ Den Gesellschaftern sind im Hinblick auf den Inhalt der Vertreterklausel daher Schranken gesetzt. Aus denselben Gründen, die bereits bei der Bestellung des Vertreters gegen eine Regelungskompetenz hinsichtlich der gesellschaftsvertraglichen Vertreterklausel sprachen,¹⁸²⁰ kann die Weisungskompetenz der gebundenen Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden.¹⁸²¹

Die Regelungskompetenz der Gesellschafter ist dennoch nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Richtigerweise muss zwischen Innen- und Außenverhältnis differenziert werden.¹⁸²² Im Innenverhältnis besteht Weisungsgebundenheit des Vertreters schon kraft Pflichtenbindung. Hieran kann auch die Vertreterklausel nichts ändern, da die Ausgestaltung des Innenverhältnisses allein Sache der Gruppenmitglieder ist.¹⁸²³ Fraglich ist aber, ob jeder einzelne vertretene Erbe weisungsbefugt ist, was insbesondere das Problem sich widersprechender Weisungen aufwerfen würde.¹⁸²⁴ Insofern ist wiederum daran anzuknüpfen, dass die aus der Mitgliedschaft folgenden Rechte den Erben gemeinschaftlich zustehen, mithin auch das Weisungsrecht. Dem würde eine geteilte Wahrnehmung der Weisungsbefugnis widersprechen. Damit ist auch die Frage nach der Beschlussfassung geklärt. Die Antwort folgt aus der analogen Anwendung des § 745 I BGB und der Einordnung der Weisung als Verwaltungsmaßnahme in diesem Sinne. Sie fällt somit in den Willen der Mehrheit der gebundenen Gesellschafter.¹⁸²⁵

¹⁸¹⁷ Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(b), S. 182**. Es stellt sich natürlich auch hier das Problem des grundsätzlichen Unterschieds zwischen Willensbetätigung und Willenserklärung, vgl. oben Fn. **1796**.

¹⁸¹⁸ Dies wird von *Ermann*, in FS Nipperdey I, S. 277, 288; *H. P. Westermann*, S. 360 vertreten; weitere Nachweise bei *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 548, Fn. 172.

¹⁸¹⁹ Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178**.

¹⁸²⁰ Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(a), S. 181**.

¹⁸²¹ *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 549; *Schörnig*, S. 146; MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 31.

¹⁸²² *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 224; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 18 ff.; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 549; *Schörnig*, S. 147. Innenverhältnis bedeutet dabei das Verhältnis des Gruppenvertreters zu den gebundenen Gesellschaftern, Außenverhältnis das Verhältnis des Gruppenvertreters zur GmbH & Co. KG, vgl. *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 18.

¹⁸²³ *Flume*, Personengesellschaft, § 14 V, S. 224; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 19; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 399; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 88; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 549. Wird ein Gruppenmitglied zum Vertreter bestellt, so folgt die Weisungsgebundenheit schon aus dem Gruppenverhältnis selbst. Wird ein Dritter bestellt, so obliegt es den Gruppenmitgliedern, ein Auftragsverhältnis (§ 662 BGB) oder (wohl nahe liegender) ein entgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis zu begründen (§ 675 BGB). Die Weisungsgebundenheit ergibt sich dann schon aus § 665 BGB (i.V.m. § 675 BGB), vgl. ausführlich *Schörnig*, S. 148; vgl. auch BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295.

¹⁸²⁴ Teilweise wird es für zulässig gehalten, dass der Gesellschaftsvertrag die Befugnis eines jeden vertretenen Erben zur Einzelweisung an den Vertreter festlegen kann, vgl. MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 31; von der grundsätzlichen Zulässigkeit gehen auch BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291 aus, sowie *H. P. Westermann*, S. 359; vgl. aber sogleich Fn. **1825**.

¹⁸²⁵ *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 549; *Schörnig*, S. 149 ff.; nach der Rechtsprechung des BGH sind Weisungen einzelner Gruppenmitglieder für den Gruppenvertreter ebenfalls unbeachtlich, BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 296; im Ergebnis auch *H. P. Westermann*, S. 359. Dies hätte jedoch unter der Prämisse eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses, vgl. BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 295 [vgl. hierzu schon oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(2)(b), S. 182**] zur Folge, dass wegen § 709 BGB das Einstimmigkeitsprinzip greift und somit im Konfliktfall keine verbindliche Weisung erteilt werden könnte, *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 549. Wenn zwar im Ergebnis richtig, so ist dem dennoch zugunsten einer analogen Anwendung des § 745 BGB auch unter dem Gesichtspunkt entgegenzutreten, dass der BGH nunmehr selbst zu einer entsprechenden Anwendung von § 745 I BGB tendiert, vgl. BGH, Beschluss vom 6.10.1992, BGHZ 119, 346, 354; vgl. auch BGH, Urteil vom 19.1.1993, BGHZ 121, 137, 150 f.

Nicht gefolgt werden kann daher auch der Auffassung, die den Vertreter dahin beschränkt, das Stimmrecht nur einzeln für jedes Gruppenmitglied entsprechend der von diesem erteilten Weisung auszuüben, vgl. MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 31, 36: *Weipert* sieht in einer Regelung, die allen Gesellschaftern Weisungsbefugnis einräumt, keinen Eingriff in die Binnenverfassung der Gruppe, weil lediglich klargestellt werde, dass der Gruppenvertreter nicht gezwungen sei, von der ihm eingeräumten Vollmacht einheitlich für sämtliche Gruppenmitglieder Gebrauch zu machen, MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 31. Dies ist jedoch nur die halbe Wahrheit, enthält doch die Vertreterklausel nicht nur das Verbot der persönlichen Wahrnehmung der Gesellschafterrechte, das gewahrt wäre, sondern darüber hinaus das Gebot, die Rechte auch einheitlich auszuüben, BGH, Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 294. Diese Auffassung versagt daher bezüglich des Gebots, *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306. *Weipert* kann seine Auffassung nur damit begründen, dass er eben diese zweite Komponente der Vertreterklausel für unzulässig hält, MünchHandbuchKG-*Weipert*, § 9 Rn. 33 ff. Er muss sich dann aber die Frage gefallen lassen, welchen Sinn und Zweck die Vertreterklausel dann eigentlich haben soll, wenn der Vertreter für jedes Gruppenmitglied nach Einzelweisung abstimmen könnte. Sinn und Zweck der Vertreterklausel ist gerade, den Verfahrensgang in der KG zu vereinfachen. Im Ergebnis würde sich dann aber kaum ein Unterschied zur Ausgangslage ergeben, nach der jedem Erben unabhängig von den anderen die anteiligen Mitgliedschaftsrechte zustehen. *Weipert* wird dabei von *Schörnig*, S. 150 Fn. 378 wohl missverstanden, da er *Weipert* gerade das Gegenteil „in den Mund legt“, dass nicht einmal der Gesellschaftsvertrag die Weisungsbefugnis eines jeden Erben festlegen könne. Dies hält *Weipert* gerade ausdrücklich für zulässig (a.a.O. Rn. 31). *Schörnig*, kommt zwar S. 150, Fn. 150 zum richtigen Ergebnis, führt hierfür aber gerade *Weipert* an, der das Gegenteil vertritt.

Vgl. zu der Problematik, inwieweit der Gruppenvertreter verpflichtet ist, Weisungen einzuholen *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 88; *Karsten Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 550 m.w.N.; *Schörnig*, S. 153 f.

Im Außenverhältnis ist die Vollmacht grundsätzlich unbeschränkt. Es ist zwar davon auszugehen, dass der Gesellschaftsvertrag die Vertreterklausel so ausgestalten kann, dass der Vertreter nur Vertretungsmacht hat, soweit er von allen Vertretenen oder Kraft Mehrheitsbeschluss eine Weisung für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte hat. Die Kompetenz hierzu folgt daraus, dass es sich hier nicht um das Innenverhältnis handelt, sondern um das Außenverhältnis zur KG bzw. deren Gesellschaftern handelt. Der Gesellschaftsvertrag kann daher die Legitimationsvoraussetzungen schaffen, ohne die die Vertretung nicht akzeptiert zu werden braucht.¹⁸²⁶ Dies ist jedoch wenig praktikabel, da die Wahrnehmung der Rechte der Erben dann von zu vielen Unwägbarkeiten des Innenverhältnisses abhängt.¹⁸²⁷ Im Interesse der Gesellschafter ist daher der Zwang zur Erteilung einer externen Vollmacht (§ 170 BGB), die grundsätzlich unabhängig von Weisungen ist.¹⁸²⁸ Eine Einschränkung besteht aber hinsichtlich Eingriffen in die Rechtstellung der Erben.¹⁸²⁹

(b) Legitimation des Vertreters

Da es noch immer als die überwiegende Meinung angesehen werden kann, dass jede relevante Fehlerhaftigkeit zur Nichtigkeit der Beschlussfassung führt,¹⁸³⁰ muss das Risiko fehlerhafter Beschlüsse größtmöglich minimiert werden. Insbesondere im Hinblick auf die Legitimation des Gruppenvertreters gegenüber der Gesellschaft muss für Rechtssicherheit gesorgt werden, um die Zählung der Stimme des Vertreters nicht zu gefährden.

Die Gesellschaft muss den Vertreter jedenfalls akzeptieren, wenn dieser einstimmig bestellt wurde. Beruht die Bestellung dagegen auf einem Mehrheitsbeschluss, wie er hier favorisiert wird, so stellt sich aufgrund der Tatsache, dass sich diese Auffassung gegenüber dem Prinzip der Einstimmigkeit noch nicht vollständig durchgesetzt hat, die Frage, ob die Gesellschaft eine Pflicht zur Anerkennung trifft.¹⁸³¹

Doch auch die Auffassung, die eine Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses annimmt, sieht sich gezwungen, aus Gründen der Rechtssicherheit eine Regelung aufzunehmen, nach der die Wertung der Stimmen des Gruppenvertreters in der Gesellschafterversammlung an das Erfordernis geknüpft wird, dass die gebundenen Minderheitsgesellschafter gegenüber der Gesellschaft ihre Bindung an die Mehrheitsentscheidung bekunden. Dies ist nach dieser Auffassung zwar keine notwendige Vollmachtsvoraussetzung, aber doch zumindest eine Bekräftigung der Legitimation des Gruppenvertreters.¹⁸³² Weil es hier um die Beschlussfassung innerhalb der GmbH & Co. KG geht, sollte dies in die Vertreterklausel, jedenfalls aber in den Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG aufgenommen werden.

¹⁸²⁶ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 549.

¹⁸²⁷ Flume, § 14 V, S. 224; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 549; Schörnig, S. 147.

¹⁸²⁸ Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 549. Teilweise wird sogar weitergehend auch ohne explizite Regelung dem Gesellschaftsvertrag dieser Inhalt durch Auslegung entnommen: Dies wird aus dem Zweck der Vertreterklausel hergeleitet, der in der Vereinfachung des Geschäftsgangs der KG liege. Dieser werde nicht erreicht, wenn die KG nachprüfen müsste, ob das Vertreterhandeln auch durch den Erbenwillen gedeckt ist. Die KG müsse sich darauf verlassen können, dass die ihr gegenüber abgegebene Erklärung für die Erben bindend ist, Flume, Personengesellschaft, § 14 V, S. 224; Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 18 f.; Schörnig, S. 151 f. Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine explizite Vertragsgestaltung zu empfehlen.

¹⁸²⁹ Flume, Personengesellschaft, § 14 V, S. 224; Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 19; vgl. bereits oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(c), S. 180. Darüber hinaus braucht die Gesellschaft eine Weisung wohl nur dann berücksichtigen, wenn sie im Wege der Mitteilung seitens eines Gruppenmitglieds Kenntnis erlangt hat, dass der Vertreter einer verbindlichen Weisung zuwider handelt, Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 554; so wohl auch Schlegelberger-Martens, HGB, § 161 Rn. 88, der auf den Missbrauch der Vertretungsmacht abstellt. Die Gruppenmitglieder werden durch die grundsätzliche Unbeachtlichkeit ihrer Weisungen nicht im Sinne einer Verletzung des Abspaltungsverbots benachteiligt, da zwar indirekt ihre Weisung „entwertet“ wird, andererseits der Vertreter schließlich ihnen gegenüber zur weisungsgemäßen Ausführung verpflichtet ist und es an ihnen liegt, einen „Mann ihres Vertrauens“ zu wählen, vgl. auch Schörnig, S. 152 f.

¹⁸³⁰ Es findet nach h. M. keine Differenzierung in nichtige und anfechtbare Beschlüsse statt, vgl. BGH, Urteil vom 11.12.1989, NJW-RR 1990, 474, 475, vgl. auch Urteil vom 21.10.1991, NJW-RR 1992, 227; aus der Literatur Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 31; Eickhoff Rn. 359; Heymann-Emmerich, HGB, § 119 Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 75; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 338; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 119 Rn. 11; Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 17 Rn. 45; Schlegelberger-Martens, HGB, § 119 Rn. 9 f. Der Streit um die Wirksamkeit des Beschlusses ist, wenn sich die Gesellschafter nicht außergerichtlichen einigen können, mittels Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu klären, BGH, Urteil vom 7.6.1999, NJW 1999, 3113, 3114; Baumbach/Hopt, HGB, § 119 Rn. 32; Ebenroth/Boujong/Joost-Goette, HGB, § 119 Rn. 75.

Diese Ansicht gerät allerdings zunehmend in die Kritik. Im Sinne der Anerkennung anfechtbarer Beschlüsse neben nichtigen und unwirksamen Karsten Schmidt, in FS Stimpel, S. 217 ff., ders., Gesellschaftsrecht, § 47 V.2.c) m.w.N.; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 52 ff.; dieser Auffassung zuneigend auch Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 119 Rn. 8.

¹⁸³¹ Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass die Gesellschaft ihn zulassen wird, Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 553; doch ändert dies nichts daran, dass der Vertreter dennoch von der „Gunst“ der Gesellschaft abhängig wäre, was der Rechtsunsicherheit abträglich wäre.

Dieses Problem taucht freilich nur dann auf, wenn man der Auffassung folgt, dem Mehrheitsbeschluss komme auch Außenwirkung dahingehend zu, dass die Mehrheit die Minderheit vertreten kann und daher in der Willensbetätigung zugleich auch die entsprechende Willenerklärung zu sehen ist. Lehnt man nämlich die Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses ab, so ist ohnehin die Bevollmächtigung nur durch Mitwirkung aller Gruppenmitglieder möglich. Vgl. oben Fn. 1796. Eine Ausnahme ist nach letzterer Auffassung nur für den Fall von Not- und Eilfällen anzuerkennen, so insbesondere dann, wenn ein Urteil, das die Minderheit zur Mitwirkung an der Ausführung des Mehrheitsbeschlusses verpflichtet, zu spät kommen würde und damit vollendete Tatsachen entstehen, vgl. Schörnig, S. 144 Fn. 356 unter Berufung auf BGH, Urteil vom 14.12.1967, BGHZ 49, 183, 193 (zur GmbH), das den eigentlichen Streit allerdings offen lässt.

¹⁸³² Dies kann formlos oder wohl – aus Beweisgründen zu empfehlen – durch Unterschrift unter das Beschlussprotokoll geschehen. Die Minderheitsgesellschafter sind der Mehrheit zu einer entsprechenden Erklärung verpflichtet. Aus Gründen der Legitimation sollte auch die Form einer schriftlichen externen Vollmacht, § 170 BGB gewählt werden, die bis zur Anzeige ihres Erlöschens bestehen bleibt, es sei denn die Voraussetzungen des § 173 BGB sind erfüllt, Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 553 f. Vgl. zur externen Vollmacht bereits oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(4)(a), S. 186.

Vgl. bezüglich weiterer Regelungen in der Vertreterklausel: Klumpp, ZEV 1999, 305, 307; MünchHandbuchKG-Weipert, § 9 Rn. 42.

(5) Klauselformulierung

Die obligatorische Gruppenvertretung muss im Gesellschaftsvertrag in etwa folgender Weise angeordnet werden.¹⁸³³

§ 15

Vererbung von Gesellschaftsanteilen

- (1) *Durch den Tod eines Kommanditisten wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben des verstorbenen Kommanditisten fortgesetzt.*
- (2) *Sind mehrere Erben vorhanden, so können sie ihre Gesellschafterrechte nur durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten ausüben, sofern es sich nicht um Beschlüsse über die Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrags handelt, oder das Recht zur persönlichen Wahrnehmung der Gesellschafterrechte im Prozessfall (Prozessführungsbefugnis) betroffen ist. Der Bevollmächtigte ist an die Weisungen der Erben gebunden. Die Kommanditistengruppe fasst ihre Beschlüsse, insbesondere diejenigen über die Bestellung und Abberufung des gemeinschaftlichen Vertreters sowie die Erteilung von Weisungen an ihn, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Beschlussprotokoll auch von den unterlegenen Erben zu unterzeichnen, um zu bekunden, dass sie die Mehrheitsentscheidung akzeptieren. Das Stimmrecht der Erben in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten ruht, bis sie einen Bevollmächtigten benannt haben. Die Vollmacht kann nur gegenüber der Gesellschaft durch eine aus Gründen der Rechtssicherheit von allen Erben unterzeichnete schriftliche Erklärung erteilt werden, die den Bevollmächtigten zur einheitlichen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Sinne von Absatz 2 Satz 1 ermächtigt. Die Vollmacht bleibt bestehen, bis ein Widerruf in einer Absatz 2 Satz 6 entsprechenden Weise gegenüber der Gesellschaft erklärt wird. Absatz 2 Satz 1, 3, 5 und 6 gelten entsprechend, wenn die Vollmacht widerrufen wird, bis ein neuer Bevollmächtigter ernannt ist.*

bb) Testamentsvollstreckung¹⁸³⁴

Der nachteiligen Zersplitterung der KG-Beteiligung kann auch durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung seitens des Erblassers entgegengewirkt werden. Auch auf diese Weise lässt sich nach außen der aufgeteilte Kommanditanteil als Einheit darstellen und somit der Rechtslage in der Komplementär-GmbH anpassen.¹⁸³⁵

Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung war lange Zeit heftigst umstritten und ist bis heute noch Anlass für zahlreiche Diskussionen,¹⁸³⁶ obwohl wegen der Beschränkung der Haftung des Kommanditisten auf die Haftsumme, § 171 I HGB, eine Kollision mit der auf den Nachlass beschränkten Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, §§ 2206 I 1 BGB gerade nicht droht.¹⁸³⁷ Die Testamentsvollstreckung am Gesellschaftsanteil tangiert den Grenzbereich von Erbrecht und Gesellschaftsrecht und damit zwei Rechtsgebiete, die nicht immer aufeinander zugeschnitten sind. Ansatzpunkt war und ist – schon vor der haftungsrechtlichen Problematik des § 2206 BGB – die Frage, inwieweit der Kommanditanteil Nachlassbestandteil ist. Dies ist zwingende Voraussetzung der Testamentsvollstreckung, § 2205 BGB.

(1) Kommanditanteil als Nachlassbestandteil

Die Zugehörigkeit des Kommanditanteils zum Nachlass ist nach wie vor umstritten, wenngleich durch die Rechtsprechung eine gewisse Klärung der Rechtslage erfolgte, was jedenfalls zur Rechtssicherheit beigetragen hat.¹⁸³⁸

¹⁸³³ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 63 – Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, § 19; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.3, § 14 IV.

¹⁸³⁴ Die Anordnung ist für den Erblasser von Interesse, wenn es ihm darum geht, den Nachlass vor einem Zugriff der persönlichen Erben gläubiger zu schützen (vgl. § 2214 BGB), vor allem aber, wenn er die Notwendigkeit sieht, seinen Nachfolgern insbesondere im Hinblick auf eine interessengerechte Weiterführung seiner Beteiligung eine Person an die Seite zu stellen, von der er sich eine adäquate Betreuung seiner Angelegenheiten verspricht, Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 27.

¹⁸³⁵ Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung entsteht beim Testamentsvollstrecker als einem Verwalter kraft Amtes im Zeitpunkt des Erbfalls ein von dem übrigen Vermögen der Erben getrenntes, seiner Verfügungsmacht und dem Zugriff seiner Privatgläubiger (§ 2214 BGB) entzogenes Sondervermögen, für das er, begrenzt durch §§ 2203 ff. BGB und die letztwillige Verfügung des Erblassers, das alleinige Verwaltungs- und Verfügungsrecht hat. Formelle Inhaber bleiben allerdings die Erben als dinglich Berechtigte, vgl. BGH, Urteil vom 1.6.1967, BGHZ 48, 214, 219; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 194; MünchKomm-Brandner, § 2211 Rn. 2, § 2214 Rn. 1; Ulmer, ZHR 146 (1982), 555, 560.

¹⁸³⁶ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit Deckert, NZG 1998, 43; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 38; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 62 ff., MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 87 m.w.N.

¹⁸³⁷ MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 54; dieses haftungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen § 2206 BGB und § 128, 2 HGB ist insbesondere ein Argument gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung hinsichtlich des Geschäftsanteils eines persönlich haftenden Gesellschafters, Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 32; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 44, vgl. auch unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb(3)(b), S. 191.

¹⁸³⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187.

(a) Problematik der Sondererbfolge

Gegen die Einordnung des Kommanditanteils als Nachlassbestandteils spricht nach wie vor die Sondererbfolge¹⁸³⁹ in den Kommanditanteil, die zu dessen Aufspaltung führt.¹⁸⁴⁰ Dies erklärt auch, warum die Nachlasszugehörigkeit im Falle einer Liquidationsgesellschaft, bei der entgegen dem gesetzlichen Regelfall der §§ 131 III 1 Nr. 1, 177 HGB¹⁸⁴¹ die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters auf Grund vertraglicher Vereinbarung aufgelöst wird,¹⁸⁴² bejaht wird. Denn für diesen Fall wird gerade keine Sondererbfolge angenommen, sondern es tritt die Erbengemeinschaft selbst in die Personengesellschaft ein, so dass der Gesellschaftsanteil den Erben in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht.¹⁸⁴³ Dies lässt sich damit begründen, dass zwar auch in dieser Phase noch unternehmerische Entscheidungen anstehen, die Gesellschaft aber ohnehin nur noch bis zum Ende der Abwicklung, die die Vollbeendigung¹⁸⁴⁴ bewirkt, besteht. Die gegen die Beteiligung der Erbengemeinschaft als Gesellschafterin vorgebrachten Bedenken¹⁸⁴⁵ greifen dann nicht.¹⁸⁴⁶

Bezüglich der werbenden Gesellschaft ist die Rechtslage dagegen komplizierter. Nach der – vor allem früher vertretenen – ablehnenden Meinung ist streng zwischen Erbschaft und Nachlass zu unterscheiden. Als Nachlass werden nur noch diejenigen Vermögensbestandteile des Erblassers verstanden, die von Anfang an der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft unterliegen, mithin nicht der Gesellschaftsanteil. Eine Ausnahme wird allerdings für die Rechte gemacht, die nach § 717 2 BGB übertragbar sind. Diese sollen infolge Abspaltung vom Gesellschaftsanteil im Nachlass verbleiben und als solche auch der Befugnis des Testamentsvollstreckers unterliegen.¹⁸⁴⁷ Gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung¹⁸⁴⁸ oder zumindest die Zugehörigkeit zum Nachlass¹⁸⁴⁹ hat sich mehrfach auch der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, der für das Gesellschaftsrecht zuständig ist, sowie die obergerichtliche Rechtsprechung entschieden.

(b) Nachlasszugehörigkeit trotz Sondererbfolge

Eine Differenzierung zwischen Nachlass, zu dem nur die Gegenstände gerechnet werden sollen, die dem Erben nicht persönlich zugeordnet werden, sondern in gesamthänderischer Bindung allen Erben als Erbengemeinschaft zustehen und Erbschaft als Inbegriff aller der Vererbung unterliegenden Gegenstände ist nicht gerechtfertigt. Auch die Tatsache der Sondererbfolge ändert an der Nachlasszugehörigkeit des Gesellschaftsanteils nichts. Die Sondererbfolge führt weder zu einer Ausnahme vom Prinzip der Universalsukzession,¹⁸⁵⁰ noch dazu, dass der Gesellschaftsanteil nicht in den Nachlass fällt. Die Sondererbfolge hat einzig und allein die Konsequenz, dass bei Vorhandensein mehrerer Erben die Erbengemeinschaft nicht Gesellschafterin wird, vielmehr der Anteil auf die Erben entsprechend ihrer Erbquote gesplittet wird und diese daher so behandelt werden, als sei bezüglich des Anteils bereits eine Auseinandersetzung erfolgt. Die Rechtslage kann somit nicht anders behandelt werden als bei Vorhandensein lediglich eines Erben.¹⁸⁵¹

Dieser Entwicklung in der Literatur konnte sich auch der Bundesgerichtshof nicht widersetzen. So zeichnete sich in der Rechtsprechung eine langsame Entwicklung hin zur Bejahung der Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlass ab, die in dem Urteil vom 3.7.1989 mit der Anerkennung der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung in einen Kommanditanteil auch durch den II. Zivilsenat, dem Gesellschaftsrechtssenat, ihren vorläufigen Höhepunkt fand.¹⁸⁵² Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dabei geprägt von einer – zunächst – unterschiedlichen Beurteilung durch den zweiten Zivilsenat und dem Erbrechtssenat IV a bzw. IV.¹⁸⁵³ Der Erbrechtssenat ordnet dem vom Nachlass im Wege der Sondererbfolge getrennten Gesellschaftsanteil die Qualität eines

¹⁸³⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.1.b), S. 174.

¹⁸⁴⁰ Die Testamentsvollstreckung daher ablehnend Soergel-Hadding, § 727 Rn. 44; Koch, NJW 1983, 1762, 1763 f.

¹⁸⁴¹ Nach § 131 Nr. 4 a. F. führte dagegen der Tod eines Gesellschafters nicht bloß zum Ausscheiden, sondern sogar zur Auflösung der Gesellschaft.

¹⁸⁴² Vgl. Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 177 Rn. 3; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 8, 10.

¹⁸⁴³ Staudinger-Marotzke, § 1922 Rn. 177.

¹⁸⁴⁴ Vgl. § 155 HGB, Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 2; vgl. zur Vollbeendigung der KG unten 3. Kapitel: I.4.b)bb), S. 218.

¹⁸⁴⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.1.b), S. 174.

¹⁸⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 24.11.1980, NJW 1981, 749, 750; Beschluss vom 20.5.1981, NJW 1982, 170, 171; Urteil vom 21.9.1995, NJW 1995, 314, 315; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 27; MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 25; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 39, Klein, DStR 1992, 292, 293; Staudinger-Reimann, § 2205 Rn. 106.

¹⁸⁴⁷ Ulmer, ZHR 146 (1982), 555, 578; ders., NJW 1984, 1496, 1499 ff.; vgl. nunmehr aber im Sinne einer Nachlasszugehörigkeit MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 87 a unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Ansicht; Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996), 413, 440.

¹⁸⁴⁸ BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 241 lehnt jedenfalls die Testamentsvollstreckung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter ab; BGH, Urteil vom 24.11.1980, NJW 1981, 749, 750; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.2.1983, NJW 1983, 1806.

¹⁸⁴⁹ BGH, Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 135 f.: Die Frage, ob am Kommanditanteil dennoch eine Testamentsvollstreckung zulässig ist, lässt der II. Senat des BGH in dieser Entscheidung allerdings ausdrücklich offen, BGHZ 91, 132, 137 f. OLG Hamburg, Urteil vom 24.4.1984, ZIP 1984, 1226, 1227 lehnt die Nachlasszugehörigkeit und die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung jedenfalls ohne Zustimmung der Mitgesellschafter ab; ebenso BayObLG, Beschluss vom 13.7.1983, BB 1983, 1751.

¹⁸⁵⁰ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.1.b), S. 174.

¹⁸⁵¹ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 11; Staudinger-Marotzke, § 1922 Rn. 198 i.V.m. 186; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 V.3.a); Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 139 Rn. 17; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 87 a m.w.N.; Staudinger-Werner, Vorbem. zu §§ 2032 – 2057 a Rn. 24 ff. überlässt die Lösung der Problematik letztlich dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum, a.a.O. Rn. 27 a. E. Vgl. zur strittigen Frage, ob nicht auch bei Alleinerbschaft eine Sondererbfolge stattfindet bereits oben Fn. 1716.

¹⁸⁵² BGHZ 108, 187.

¹⁸⁵³ Gemäß Beschluss des Präsidiums des BGH vom 29.3.1989 (NJW 1989, 1474) führt der bisherige IV a. Zivilsenat des BGH ab 1.1.1990 die Bezeichnung „IV. Zivilsenat“.

Nachlassgegenstandes zu. Wie beim Alleinerben könne für die Einordnung als Nachlassgegenstand nicht die gesamthänderische Bindung maßgeblich sein. Zudem seien auch im Höfe- und Heimstättenrecht solche Gegenstände zum Nachlass zu rechnen, die zu keinem Zeitpunkt gesamthänderisch gebunden waren.¹⁸⁵⁴

Mit dem Urteil des vom 3.7.1989 hat sich der Gesellschaftsrechtssenats allerdings von seiner früheren, die Nachlasszugehörigkeit leugnenden Rechtsprechung,¹⁸⁵⁵ distanziert und dem für das Erbrecht zuständigen Senat angenähert, indem er die Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil anerkannt hat.¹⁸⁵⁶ Er hat sich anstelle einer ansonsten erforderlich werdenden Rechtsfortbildung gleichfalls für die Nachlasszugehörigkeit entschieden und sich nicht durch die Tatsache der Sondervererbung des Gesellschaftsanteils gehindert gesehen.¹⁸⁵⁷ Der II. Zivilsenat hatte schließlich im Beschluss vom 12.1.1998¹⁸⁵⁸ nochmals die Gelegenheit zu dieser Problematik Stellung zu nehmen und die Nachlasszugehörigkeit sowie die grundsätzliche Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung dabei ausdrücklich bestätigt.¹⁸⁵⁹

Die Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, die Zugehörigkeit zum Nachlass, ist somit trotz der Sondererbfolge gegeben. Damit ist allerdings die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung nur in erbrechtlicher, nicht dagegen in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht gesichert.

(2) Abwicklungsvollstreckung, §§ 2203, 2204 BGB¹⁸⁶⁰

Hinsichtlich der Abwicklungsvollstreckung muss danach differenziert werden, ob sich diese auf die Beteiligung an einer gerade durch den Tod des Gesellschafters aufgelösten Gesellschaft bezieht oder nicht. Als jeher unproblematisch gesehen wurde die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung im Rahmen der Liquidationsgesellschaft, nicht zuletzt auch wegen der hier nahezu unstrittigen Nachlasszugehörigkeit des Kommanditanteils.¹⁸⁶¹ Der Tes-

¹⁸⁵⁴ BGH, Urteil vom 4.5.1983, NJW 1983, 2376, 2377 sowie vor allem grundlegend Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 53 ff.; vgl. auch schon Urteil vom 25.5.1977, BGHZ 69, 47, 50 f.

¹⁸⁵⁵ Vgl. oben Fn. 1848, 1849.

¹⁸⁵⁶ BGHZ 108, 187, 195 ff. Bereits im Urteil vom 25.2.1985, NJW 1985, 1953, 1954 führt er aus, dass einiges für die Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil spricht. Die Annäherung der für Erbrecht und Gesellschaftsrecht zuständigen Senate wird auch durch eine neuere Entscheidung des nunmehr für das Erbrecht zuständigen IV. Zivilsenats, wonach auch am Anteil einer BGB-Gesellschaft die Testamentsvollstreckung zulässig ist, ausdrücklich betont und hinsichtlich etwaiger Differenzen zwischen II. und IV. Senat nur noch von „zwei Seiten derselben Medaille“ gesprochen, BGH, Beschluss vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1286.

¹⁸⁵⁷ BGHZ 108, 187, 194. Wie der Erbrechtssenat zieht er einen Vergleich zur Rechtslage im Höferecht, a.a.O. S. 193; vgl. hierzu auch *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413, 418.

¹⁸⁵⁸ II ZR 23/97, ZIP 1998, 383 f.

¹⁸⁵⁹ Noch nicht abschließend geklärt ist allerdings die Frage, inwieweit eine gesamthänderische Bindung wenigstens bezüglich der nach § 717, 2 BGB abspaltbaren Ansprüche gegeben ist. Dies wird nur vom Gesellschaftsrechtssenat bejaht, der die Abspaltungsthese vertritt, BGH, Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 135 f.; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 192; KG, Beschluss vom 7.3.1991, NJW-RR 1991, 835, 836; aus der Literatur: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rn. 14; *Siegmann*, NJW 1995, 481, 484 f. Der Erbrechtssenat nimmt auch in dem Urteil vom 14.5.1986, hierzu nicht eindeutig Stellung, BGHZ 98, 48 ff.; vgl. auch schon BGH, Urteil vom 4.5.1983, NJW 1983, 2376, 2377; teils werden zwar die Ausführungen des Erbrechtssenats im Sinne einer Einheitsthese interpretiert, MünchHandbuchKG, § 43 Rn. 21, insbesondere Fn. 61; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 139 Rn. 12. Den dort zitierten Fundstellen kann dies allerdings nicht entnommen werden, vgl. auch *Staudinger-Marotzke*, § 1922 Rn. 187.

Diese Frage zieht eine weitreichende Folgeproblematik nach sich, die in die Frage mündet, inwieweit sich das einzelne Mitglied der Erbengemeinschaft trotz der Sondererbfolge auf die Bestimmung des § 2059 BGB berufen kann und eine Beschränkung der Haftung möglich ist. Problematisiert wird vor allem, ob eine Teilung des Nachlasses im Sinne des § 2059 BGB anzunehmen ist, wenn der Verstorbene außer dem Gesellschaftsanteil kein nennenswertes Vermögen hinterlassen hat. Eine Teilung des Nachlasses kommt genau gesehen nur dann in Betracht, wenn der Gesellschaftsanteil samt seinem Vermögenswert der gesamthänderischen Bindung entzogen ist. Diese würde voraussetzen, dass von der Sondernachfolge auch die nach § 717, 2 BGB von der Gesellschafterstellung abspaltbaren Rechte an der Erbengemeinschaft vorbei an die einzelnen Miterben fallen, *Staudinger-Marotzke*, § 2059 Rn. 53 f.; *Spiritus*, S. 211 f. Letztlich kann man sich in konsequenter Weiterführung der Anerkennung des Gesellschaftsanteils als Nachlassbestandteil nur für den einheitlichen Übergang auch der Rechte nach § 717, 2 BGB entscheiden. Der II. Zivilsenat sah sich zu der Abspaltung dieser Rechte nur deshalb verpflichtet, weil er ursprünglich gerade die Nachlasszugehörigkeit des Gesellschaftsanteils verneinte und daher nur die Abtrennung dieser Rechte es ermöglichte, die aus der höchstpersönlichen Gesellschafterstellung fließenden Vermögensansprüche dem Recht eines Nachlassverwalters, -insolvenzverwalters (Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 136 f.) oder Testamentsvollstreckers (Urteil vom 25.2.1985, NJW 1985, 1953, 1954) zu unterstellen. Mit der Anerkennung der Nachlasszugehörigkeit besteht aber kein Bedürfnis mehr, mittels Abspaltung den Nachlassgläubigern den Zugriff auf den Wert des Anteils zu sichern, so dass die Grundlage für die Abspaltung entfällt, *Flume*, ZHR 155 (1991), 501, 510 f.; *MünchHandbuchGbr-Klein*, § 72 Rn. 43; *MünchHandbuchKG-Klein*, § 43 Rn. 21; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 139 Rn. 12; *Staudinger-Marotzke*, § 1922 Rn. 187, § 2059 Rn. 55; *Soergel-Stein*, 12. Auflage, § 1922 Rn. 57; *Ulmer/Schäfer*, ZHR 160 (1996), 413, 420.

Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung muss ihm dennoch, jedenfalls aus praktischen Überlegungen, zustehen. Jeder Erbe ist Gesamtschuldner hinsichtlich der Nachlassverbindlichkeiten, §§ 2058, 421 BGB. Andererseits kann sich der Erbe aufgrund der gesamthänderischen Bindung der Nachlassgegenstände in der Erbengemeinschaft nicht durch deren Veräußerung die notwendige Liquidität verschaffen. Dem Erben steht somit nur mit Mitwirkung der Miterben die Möglichkeit zu, sein Privatvermögen vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen, da auch die Beantragung einer Nachlassverwaltung nur gemeinschaftlich erfolgen kann, §§ 1975, 2062 BGB. Daraus resultiert das Bedürfnis für das Leistungsverweigerungsrecht des § 2059 I BGB. Dieser Rechtsgedanke greift auch hier, obwohl der Gesellschaftsanteil aufgrund der Sondererbfolge nicht der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft unterliegt. Da auch die Verfügung über den Anteil an einer Personengesellschaft der Mitwirkung der übrigen Gesellschafter bedarf – vgl. zu dieser Problematik ausführlich oben 2. Kapitel: IV.2.a), S. 60 – und damit der ererbte Gesellschaftsanteil ähnlich schwer wie der Anteil an Nachlassgegenständen, die noch allen Erben gesamthänderisch zustehen, in Geld umgesetzt werden kann, greift der Schutzzweck des § 2059 I BGB auch hier, *Hehemann*, BB 1995, 1301, 1311; *Staudinger-Marotzke*, § 2059 Rn. 57; *Stodolkowitz*, in FS Kellermann, S. 439, 451.

Vgl. zur Frage, inwieweit § 2059 BGB im Falle der Anordnung der Testamentsvollstreckung Anwendung findet: Bejahend *Staudinger-Marotzke*, § 2059 Rn. 80; verneinend *Muscheler*, Haftungsordnung, S. 108 ff.

¹⁸⁶⁰ Zur Terminologie: Es muss bei der Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung zwischen der Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203 ff.) und der Dauertestamentsvollstreckung differenziert werden, § 2209, 1, 2. HS., *Soergel-Damrau*, 12. Auflage, § 2203 Rn. 1, § 2209 Rn. 1; *Palandt-Edenhofer*, Einf. v. § 2197 Rn. 1; *Mayer*, in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel, Rn. 114.

¹⁸⁶¹ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(1)(a), S. 189.

tamentsvollstrecker kann daher insbesondere die Liquidationsansprüche für die Erben geltend machen.¹⁸⁶² Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft, wie im Falle eines Kommanditanteils, gerade nicht aufgelöst ist und der Testamentsvollstrecker lediglich die letztwillige Verfügung des Erblassers auszuführen hat (§ 2203 BGB) oder die Auseinandersetzung zwischen den Erben (§ 2204 BGB), weil der Testamentsvollstrecker in diesen Fällen nicht unternehmerisch tätig wird, sondern eben nur als Abwickler.¹⁸⁶³ Im Falle der Abwicklungsvollstreckung stellen sich die spezifischen Probleme der Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 1 2. HS. BGB nicht, weil hier das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers aus § 2205 BGB bereits frühzeitig nach Durchführung der Abwicklung endet, die Nachlassverwaltung mithin nur Mittel und Zweck zur Erfüllung der Aufgaben aus §§ 2203, 2204 BGB ist und nicht Selbstzweck.¹⁸⁶⁴

(3) Dauertestamentsvollstreckung

Dagegen kann die Rechtslage bei der Dauertestamentsvollstreckung, § 2209 BGB im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit als immer noch problematisch bezeichnet werden. Ihre Beurteilung hängt davon ab, welchen Umfang die Testamentsvollstreckung im Hinblick auf die Mitgliedschaft an der KG hat.

(a) Abspaltbare Vermögensrechte – Außenseite der Beteiligung

Keine Probleme tauchen auf, soweit die abspaltbaren Vermögensrechte (§ 717 2 BGB) betroffen sind. Bereits vor der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3.7.1989¹⁸⁶⁵ unterstellte schon der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat die abspaltbaren Ansprüche der Testamentsvollstreckung.¹⁸⁶⁶ Der Erbrechtssenat IV a ging einen Schritt weiter und unterstellte über die abspaltbaren Vermögensrechte hinaus die Gesellschaftsbeteiligung als Ganzes mit ihrer Außenseite der Verwaltung des Vollstreckers.¹⁸⁶⁷ Insoweit greifen die einschränkenden Voraussetzungen der Rechtsprechung nicht, weil sich nicht die spezifischen gesellschaftsrechtlichen Probleme stellen.¹⁸⁶⁸ Die Privatgläubiger der Erben haben als Folge dieser Rechtsprechung keinen Zugriff auf den Gesellschaftsanteil (§ 2214 BGB) und der Erbe kann nicht ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers über seine Beteiligung verfügen, bedarf mithin zu Maßnahmen, die sein Abfindungsguthaben betreffen, der Zustimmung des Testamentsvollstreckers (§ 2211 BGB).¹⁸⁶⁹

(b) Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und Überwachungsrechte – Innenseite der Beteiligung

Gegen die Erfassung auch der Innenseite der Beteiligung – also auch die Verwaltungsrechte und somit die Mitgliedschaft insgesamt – von der Testamentsvollstreckung werden allerdings massive gesellschaftsrechtliche Bedenken angeführt. Zum einen stehe der personalistische, an die Einzelperson gebundene Charakter der Mitglied-

¹⁸⁶² Vgl. BGH, Urteil vom 24.11.1980, NJW 1981, 749, 750; Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 58; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 190 f.; MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 25; Klein, DStR 1992, 292, 294; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 39; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 154; MünchKomm-Ulmer, § 727 Rn. 19 i.V.m. Rn. 10; diese Form der Testamentsvollstreckung dürfte allerdings eine untergeordnete Rolle spielen, da eine Auflösung der Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters nach der Neufassung des HGB gerade nicht mehr dem gesetzlichen Regelfall entspricht, § 131 III Nr. 1 HGB bzw. § 177 HGB.

¹⁸⁶³ Vgl. Heymann-Emmerich, HGB, § 139 Rn. 23; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 63 ff.; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 117; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 139 Rn. 45; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 86 a. Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass die Erben aufgrund des durch die Sondererfolge eintretenden Splittings des Kommanditanteils bereits so gestellt werden, als hätten sie sich bezüglich der Beteiligung schon auseinandergesetzt. Eine Auseinandersetzungsvollstreckung, § 2204 BGB ist daher weitgehend überflüssig (MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 27; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 65; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 156; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 139 Rn. 45), insbesondere, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung von einem einheitlichen Übergang auch der Rechte nach § 717, 2 BGB ausgeht, vgl. oben Fn. 1859.

¹⁸⁶⁴ Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 116 f.; vgl. zur Abgrenzung § 2205 zu § 2209 Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2209 Rn. 1; Palandt-Edenhofer, Einf. v. § 2197 Rn. 1.

¹⁸⁶⁵ BGHZ 108, 187 (II. Zivilsenat).

¹⁸⁶⁶ BGH, Urteil vom 25.2.1985, NJW 1985, 1953, 1954 – hinsichtlich des Anspruchs auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben; vgl. auch BGH, Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 136 f. hinsichtlich Nachlassverwaltung und –konkurs.

¹⁸⁶⁷ BGH, Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 57; vgl. auch die Entscheidung des nunmehr für das Erbrecht zuständigen IV. Zivilsenats bezüglich der Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft, Beschluss vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1286. Zudem BGH (IX. Zivilsenat), Urteil vom 13.6.1995, WM 1995, 1504, 1505. Dies ist auch in der Literatur wohl einhellige Meinung, vgl. Heymann-Emmerich, HGB, § 139 Rn. 24 f. MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 54; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 73; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 159, 195.

Es wird jedoch eine Einschränkung dahingehend gemacht, dass die laufenden Gewinne und der Wert des Unternehmens, die auch auf den längeren erfolgreichen Einsatz der Erbengesellschafter für das Unternehmen zurückzuführen sind, nicht völlig dem Nachlass und somit der Testamentsvollstreckung unterfallen, sondern zu einem gewissen Teil den Erben zuzuordnen sind, BGH, Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 56 f.; ebenso Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 191.

¹⁸⁶⁸ Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 158; insbesondere bedarf es keiner Zustimmung der übrigen Gesellschafter, Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 73.

¹⁸⁶⁹ BGH, Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 57; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 37; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 45. Zu beachten ist, dass die Anwendbarkeit der §§ 2214, 2211 BGB voraussetzt, dass der Gesellschaftsanteil nicht nur zum Nachlass gehört, sondern darüber hinaus auch wirklich der Verwaltung des Testamentsvollstreckers und damit seiner Rechtsmacht unterliegt. Der BGH formuliert daher in seinem Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 57 etwas ungenau, weil sich die Passage so liest, als sei das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers nur Kehrseite oder Reflex der §§ 2211, 2214 BGB und nicht umgekehrt. Das Urteil ist aber wohl im richtigen Sinne zu verstehen, vgl. MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 45; Marotzke, AcP 187 (1987), 223, 237 f.

schaft entgegen. Die Testamentsvollstreckung widerspreche trotz der Zulässigkeit der Vererbung dem auf persönlichem Zusammenschluss beruhenden Charakter der Personengesellschaft.¹⁸⁷⁰ Des Weiteren wurden infolge der Verwaltungs- und Verpflichtungsbefugnisse nach §§ 2205 f. BGB gesellschaftsrechtlich unzumutbare Konsequenzen gesehen, nämlich hinsichtlich der Verwaltungsbefugnisse wegen der Übertragung auf einen Nichtgesellschafter eine Kollision mit dem Abspaltungsverbot.¹⁸⁷¹ Im Hinblick auf die Verpflichtungsbefugnis werden haftungsrechtliche Risiken angeführt.¹⁸⁷² Bezüglich der hier nicht in Frage stehenden Testamentsvollstreckung an dem Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters wurde zusätzlich die Unvereinbarkeit mit seiner unbeschränkten Haftung geltend gemacht.¹⁸⁷³

Auch diese gesellschaftsrechtlichen Argumente können nach heutiger Sicht der Dinge der Zulässigkeit nicht mehr entgegengehalten werden. Ihnen kann in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht Rechnung getragen werden. So kann einer Kollision der Testamentsvollstreckung mit der unstreitig gegebenen Prägung der Kommanditgesellschaft als personenbezogenem Verbund von Gesellschaftern¹⁸⁷⁴ dadurch begegnet werden, dass die Testamentsvollstreckung von der Einwilligung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht wird bzw. diese in einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Klausel enthalten ist.¹⁸⁷⁵

Es besteht auch keine Unvereinbarkeit hinsichtlich der Haftung des Kommanditisten, weil diese nach § 171 HGB beschränkt ist auf seine Einlage. Jedenfalls soweit er diese geleistet hat, kann er somit nicht in Anspruch genommen werden.¹⁸⁷⁶ Vor allem ist zu beachten, dass die Kritik grundsätzlich schon vom Ansatz her falsch ist. Denn im Zusammenhang mit den Verpflichtungsbefugnissen des Testamentsvollstreckers kann es aufgrund der Vererbung eines Kommanditanteils grundsätzlich schon deshalb nicht zu Haftungsfolgen kommen, weil Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die der Kommanditist nach §§ 173,¹⁸⁷⁷ 171, 172 HGB haftet, ohnehin nicht der Testamentsvollstrecker eingeht, sondern der organschaftliche Vertreter nach §§ 170, 161 II, 125 HGB.¹⁸⁷⁸ Dieses Risiko ist somit von der Testamentsvollstreckung unabhängig. Zwar besteht auch für den Erben die Gefahr der persönlichen Haftung, so insbesondere, wenn der Erblasser die Einlage noch nicht voll eingezahlt hat oder soweit diese wieder an ihn zurückgezahlt wurde, §§ 171 I, 172 IV HGB. Diese Haftung geht auf den Erben über, doch hat auch dies nichts mit der Testamentsvollstreckung zu tun.¹⁸⁷⁹ § 172 IV HGB findet zwar auch dann Anwendung, wenn sich der Testamentsvollstrecker die Einlage zurückzahlen lässt, da dies Rückzahlung an den Nachlass und wie eine solche an den Rechtsvorgänger zu behandeln ist.¹⁸⁸⁰ Dennoch ist der Erbe nicht schutzlos ge-

¹⁸⁷⁰ RG, Urteil vom 10.1.1944, RGZ 172, 199, 203; BGH, Urteil vom 24.11.1980, NJW 1981, 749, 750; Koch, NJW 1983, 1762, 1764; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 31 V.7.c.α); Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 339.

¹⁸⁷¹ Vgl. zum Abspaltungsverbot oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178.

¹⁸⁷² Ulmer, ZHR 146 (1982), 555, 560 ff.; Weipert, JR 1954, 60; Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 339 f.; speziell zum Abspaltungsverbot Weipert, JR 1954, 60; speziell zum Haftungsrisiko RG, Urteil vom 10.1.1944, RGZ 172, 199, 203; Ulmer, ZHR 146 (1982), 555, 560 ff.

¹⁸⁷³ Während der Erbe die Möglichkeit hat, seine Haftung für Verbindlichkeiten, die aus der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers resultieren, insbesondere durch Beantragung der Nachlassinsolvenz auf den Nachlass zu beschränken, § 2206 II BGB, steht dem die unbeschränkte Haftung als persönlich haftender Gesellschafter gegenüber, RG, Urteil vom 4.3.1943, RGZ 170, 392, 394; RG, Urteil vom 10.1.1944, RGZ 172, 199, 202: Da der Machtbereich des Testamentsvollstreckers auf den Nachlass beschränkt sei, sei ihm auch jede Einwirkung auf die nicht ausschließlich in den Bereich des Nachlasses fallenden Rechtsbeziehungen der Erben versagt; BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 195 m.w.N.; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 32; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 31 V.7.C.α); Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 67; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 156; Staudinger-Reimann, § 2205 Rn. 107; Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996), 413, 439; Weipert, JR 1954, S. 60. Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für den Erben ist zwingend. So kann insbesondere der Erblasser dem Testamentsvollstrecker nicht die Macht zur unbeschränkten persönlichen Verpflichtung des Erben verleihen, BGH, Urteil vom 18.1.1954, BGHZ 12, 100, 103 – auch zur Möglichkeit der „Umgehung“, indem der Erblasser den Erben mittels Auflage oder Bedingung verpflichtet, dem Testamentsvollstrecker die Befugnis einzuräumen, über § 2206 BGB hinaus auch persönliche Verpflichtungen für den Erben einzugehen; MünchKomm-Brandner, § 2206 Rn. 9, § 2207 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 67.

¹⁸⁷⁴ Vgl. bereits oben Fn. 513.

¹⁸⁷⁵ BGH, Urteil vom 25.2.1985, NJW 1985, 1953, 1954; Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 55; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 191; OLG Hamm, Beschluss vom 17.1.1991, DB 1991, 1926; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 44; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 69, 83; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 199; Staudinger-Reimann, § 2205 Rn. 126; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 27; Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996) 413, 439. Vgl. zu den Einzelheiten unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3)(c), S. 193.

¹⁸⁷⁶ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 195; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 44; Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996), 413, 439. Das Reichsgericht sah hier keinen Unterschied zur Rechtslage bei einem OHG-Gesellschafter. Zwar sei die Haftung des Kommanditist auf eine bestimmte Vermögenseinlage beschränkt, dennoch bestimme sich dessen Haftung sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis nicht nach Erbrecht, sondern allein nach Gesellschaftsrecht, RG, Urteil vom 10.1.1944, RGZ 172, 199, 203.

¹⁸⁷⁷ § 173 HGB findet nach überwiegender Auffassung bei Vererbung des Kommanditanteils nach § 177 HGB Anwendung, Baumbach/Hopt, HGB, § 173 Rn. 15; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 173 Rn. 23 ff.; GroßkommentarHGB-Schilling, § 173 Rn. 10 f.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 173 Rn. 43, 45; Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn, HGB, § 173 Rn. 25; a. A. für eine Verdrängung des § 173 HGB durch entsprechende Anwendung des § 139 IV HGB Heymann-Horn, HGB, § 173 Rn. 8; Staudinger-Marotzke, § 1967 Rn. 63 ff.

Rechtsfolge ist somit eine Doppelhaftung: Es ist zu differenzieren zwischen der auf den Nachlass beschränkbarer Haftung des Erben als solchem nach §§ 1967, 2058 BGB, 171, 172 HGB und der Haftung als neuem Kommanditisten nach §§ 173, 171, 172 HGB, Baumbach/Hopt, HGB, § 173 Rn. 15; GroßkommentarHGB-Schilling, § 173 Rn. 11; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 173 Rn. 43, 45; Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn, HGB, § 173 Rn. 25. Nur Letzterer Fall ist im Hinblick auf eine etwaige persönliche Haftung des Erben, ausgelöst durch den Testamentsvollstrecker, von Belang.

¹⁸⁷⁸ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 195 f., 197; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 28; vgl. auch Staudinger-Reimann, § 2205 Rn. 125; Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996), 413, 439. Vgl. zur Problematik der Vererbung durch einen geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter unten 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3)(e), S. 195.

¹⁸⁷⁹ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 196 f.; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 44. Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung ist daher von der Zahlung der Einlage unabhängig, Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 82; Staudinger-Reimann, § 2205 Rn. 125.

¹⁸⁸⁰ GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 14.

stellt, da in Maßnahmen, die ohne seine Zustimmung zur persönlichen Haftung des Erben führen, jedenfalls ein Verstoß des Vollstreckers gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 2216 BGB zu sehen ist. Das hat nach Auffassung des BGH entweder mit Karsten Schmidt¹⁸⁸¹ zur Folge, dass diese Maßnahmen nicht durch die Vertretungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gedeckt sind oder dass die fehlende Zustimmung des Erben jedenfalls eine Rückgewährverpflichtung des Vollstreckers im Innenverhältnis gegenüber den Erben unter dem Gesichtspunkt des dem Geschäftsgegners erkennbaren Missbrauchs der Vertretungsmacht auslöst.¹⁸⁸² Es ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, derartige Handlungen nicht ohne die Zustimmung der Erben vorzunehmen.¹⁸⁸³ Ebenso ist eine Erhöhung der Haftsumme (§ 171 HGB) aufgrund der fehlenden Vertretungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nur bei Zustimmung des Erben möglich.¹⁸⁸⁴

Auch § 176 II HGB kann nicht gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung angeführt werden, da diese Bestimmung auf den eintretenden Erben keine Anwendung findet.¹⁸⁸⁵ Etwas anderes gilt zwar, wenn die Kommanditgesellschaft selbst oder der rechtsgeschäftliche Eintritt des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht eingetragen war, da in diesem Fall die bereits bestehende Haftung auf den Erben übergeht, §§ 176 I, II HGB, 1967 BGB. Doch beruht auch dies nicht auf einer Handlung des Testamentsvollstreckers.¹⁸⁸⁶

Auch im Hinblick auf das Abspaltungsverbot im Zusammenhang mit den Verwaltungsbefugnissen des Testamentsvollstreckers steht der Testamentsvollstreckung gesellschaftsrechtlich nichts entgegen, da die Verwaltungsrechte eindeutig beim Testamentsvollstrecker liegen und dieser durch die Treuepflicht gebunden ist. Die Mitgliedschaftsrechte werden insgesamt von einem Dritten ausgeübt, so dass gerade keine Abspaltung vorliegt.¹⁸⁸⁷

(c) Zulässigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen¹⁸⁸⁸

Die Anforderungen der Rechtsprechung und herrschenden Literatur lassen sich somit folgendermaßen zusammenfassen.¹⁸⁸⁹ Maßgebliche Voraussetzung für eine Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil ist die Zustimmung der Gesellschafter, da sich diese nicht ohne ihren Willen eine dritte Person aufrängen lassen müssen, der eine gesellschafterähnliche Stellung zuteil wird. Die Zustimmung muss durch alle übrigen Gesellschafter er-

¹⁸⁸¹ Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 28, 34 m.w.N.; in diesem Sinne auch GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 17; Ulmer, NJW 1990, 73, 78

¹⁸⁸² BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 197 f.; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 44; im Sinne einer grundsätzlichen Wirksamkeit der Maßnahme MünchKomm-Brandner § 2205 Rn. 37; im Sinne eines Verstoßes gegen § 2216 BGB Heymann-Horn, HGB, § 177 Rn. 15. Konsequenterweise hätte auch der BGH zur alleinigen Rechtsfolge der Unwirksamkeit gelangen müssen, ist doch der Testamentsvollstrecker zu einer persönlichen Verpflichtung des Erben nicht befugt, was schon aus § 2206 BGB folgt, vgl. schon oben Fn. 1873; GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 16; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 34.

¹⁸⁸³ Klein, DStR 1992, 326, 327.

¹⁸⁸⁴ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 198; Klein, DStR 1992, 326, 327; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 86; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 34. Etwas anderes gilt wohl für die Pflichteinlage im Innenverhältnis, Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 86; GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 17; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 34; zum Unterschied Haftsumme – Pflichteinlage vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 171 Rn. 1; weitergehend MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 37. Viel spricht jedoch auch dafür, eine Erhöhung der Haftsumme ohne Zustimmung des Erben zuzulassen,

¹⁸⁸⁵ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 197; Baumbach/Hopt, HGB, § 176 Rn. 12; GroßkommentarHGB-Schilling, § 176 Rn. 17; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 176 Rn. 21; Ebenroth/Boujong/Joost-Strohn, HGB, § 176 Rn. 24.

¹⁸⁸⁶ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 197; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 44; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 202.

¹⁸⁸⁷ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 199; MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 32; Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 44 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 68; Muscheler, Haftungsordnung, S. 462, jedoch nicht hinsichtlich Treuepflicht, a.a.O., S. 527; Ulmer, NJW 1990, 73, 78; Ulmer/Schäfer, ZHR 160 (1996), 413, 439. Auch ein Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft (nur Gesellschafter können Inhaber einer organschaftlichen Stellung sein, BGH, Urteil vom 6.2.1958, BGHZ 26, 330, 333; Urteil vom 25.5.1964, BGHZ 41, 367, 369; Baumbach/Hopt, HGB, § 114 Rn. 24; Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 41 ff.) scheidet aus, weil sich diese Problematik nur bei der Ausübung organschaftlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse stellt, vgl. Dörrie, Testamentsvollstreckung, S. 41 sowie schon oben Fn. 1736, dem Kommanditisten jedoch keine organschaftliche Vertretungsbefugnis eingeräumt werden kann, §§ 170 HGB, vgl. bereits oben Fn. 1736 sowie unten Fn. 1901; vgl. für die Testamentsvollstreckung in andere Gesellschaftsanteile: einen Verstoß ablehnend MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 32; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 68; a. A. Hehemann, BB 1995, 1301, 1307.

¹⁸⁸⁸ Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so ist der Anwendungsbereich der Ersatzlösungen eröffnet, die vor der Klärung durch den Bundesgerichtshof eine viel weitreichendere Bedeutung eingenommen haben, da es wegen der Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung jedenfalls hinsichtlich der Innenseite der Beteiligung galt, einen möglichst adäquaten Ersatz zu konstruieren. Es kamen vor allem in Betracht: Die Übertragung des Anteils vom Erben auf den Testamentsvollstrecker als Treuhänder mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter; die Einräumung einer unwiderruflichen Vollmacht durch den Erben zugunsten des Vollstreckers zur Ausübung der Gesellschafterrechte; schließlich eine so genannte Ausübungsermächtigung, durch die der Erbe dem Testamentsvollstrecker die Ausübung seiner Rechte aus der Mitgliedschaft überlässt, vgl. ausführlich zu diesen Ansätzen und den damit einhergehende Problemen MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 32 a i.V.m. 24 ff.; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 33 ff.; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 36; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 56 i.V.m. 47 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 79 ff.; Mayer in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 166 ff.; GroßkommentarHGB-Schilling, § 177 Rn. 22 f.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 35 ff. m.w.N. vor allem auf die einschlägige Rechtsprechung. Diese Ersatzmöglichkeiten spielen insbesondere auch für die Testamentsvollstreckung am Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters eine Rolle, soweit bei diesem die Zulässigkeit der Vollstreckung abgelehnt wird. Insoweit ist auch hier eine Entwicklung in der Rechtsprechung hin zu einer Anerkennung der Testamentsvollstreckung zu erkennen, vgl. BGH, Urteil vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1285; vgl. zur Testamentsvollstreckung am Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters ausführlich MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 28 ff.; MünchHandbuchKG-Klein, § 45 Rn. 43 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 66 ff.; Mayer in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 154 ff.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 139 Rn. 51; MünchKomm-Ulmer, § 705 Rn. 88.

¹⁸⁸⁹ Es versteht sich von selbst, dass Grundvoraussetzung die ordnungsgemäße Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser im Wege einer letztwilligen Verfügung ist. Eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag ist gerade nicht ausreichend, Klein, DStR 1992, S. 326; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 197.

folgen und kann ad hoc erteilt werden oder aber auch bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen.¹⁸⁹⁰ Erklärungsgegner für eine später erfolgte Zustimmung ist nicht die Gesellschaft, sondern die übrigen Gesellschafter.¹⁸⁹¹ Noch nicht hinreichend geklärt ist dagegen die Frage, wann eine stillschweigende Zustimmung, die jedenfalls zulässig ist, anzunehmen ist. Eine stillschweigende Zustimmung wird unproblematisch bejaht, wenn die Gesellschaftsanteile wie im Falle einer Publikumsgesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag frei übertragbar sind.¹⁸⁹² Ob dies dagegen auch dann anzunehmen ist, wenn eine personalistisch organisierte, hier sogar beteiligungsgleiche GmbH & Co. KG vorliegt, ist allerdings fraglich, zumal nach der hier vertretenen Auffassung die gesetzliche Vinkulierung der Geschäftsanteile beibehalten wird.¹⁸⁹³ Ob eine stillschweigende Zustimmung vorliegt, ist jedenfalls Auslegungsfrage. Dafür spricht allerdings das in diesem Fall generell gegebene Bedürfnis nach Angleichung der Rechtslage in GmbH und KG, da die Testamentsvollstreckung in der GmbH unproblematisch zulässig ist.¹⁸⁹⁴ Da jedoch mit einer ad hoc Zustimmung erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden ist¹⁸⁹⁵ und auch die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung problematisch ist, sollte die Zustimmung bereits antizipiert durch eine entsprechende Vertragsklausel erteilt werden.¹⁸⁹⁶

(d) Problematik der Vererbung an Gesellschafter

Ein Sonderproblem ergibt sich dann, wenn der Erbe bereits vor dem Erbfall Gesellschafter – im vorliegenden Fall kommt nur die Stellung als Kommanditist in Betracht – war. Hier droht die Testamentsvollstreckung ins Leere zu gehen. Denn eine Testamentsvollstreckung am geerbten Kommanditanteil ist nur dann denkbar, wenn dieser nach dem Erbfall selbständig bestehen bleibt und keine Vermengung mit der bereits vorhandenen Beteiligung eintritt. Vor allem durch die frühere Rechtsprechung wurde allerdings gerade die Entstehung eines neuen, vergrößerten Gesellschaftsanteils als einheitlicher Kommanditbeteiligung angenommen.¹⁸⁹⁷ Mittlerweile hat der für das Erbrecht zuständige IV. Senat aber entschieden, dass die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung daran nicht scheitern dürfe. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung hindere eine uneingeschränkte Vereinigung von bisherigem und ererbtem Gesellschaftsanteil. Der Grundsatz der Einheitlichkeit stehe zumindest insoweit nicht entgegen, als es sich um die vom Gesellschaftsanteil abspaltbaren Vermögensrechte handelt.¹⁸⁹⁸ Dem ist auch im Übrigen beizupflichten. Gegen den zwingenden Charakter der Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils spricht schon die Tatsache, dass Privatvermögen und Nachlass, dessen Bestandteil nach der hier vertretenen Auffassung auch die vererbte Gesellschaftsbeteiligung ist,¹⁸⁹⁹ verschiedene Vermögensmassen sind.¹⁹⁰⁰

¹⁸⁹⁰ BGH, Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 191; vgl. schon früher BGH, Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 241; Urteil vom 25.2.1985, NJW 1985, 1953, 1954; *Klein*, DStR 1992, 326; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 69.

¹⁸⁹¹ *Mayer*, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 199.

¹⁸⁹² Es liegt dann gerade keine für die Personengesellschaft typische höchstpersönliche Natur vor, *Mayer*, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 199; *Ulmer*, NJW 1990, 73, 75 f. Man könnte in diesen Fällen auch auf eine Entbehrlichkeit der Zustimmung abstellen, da schließlich mit der fehlenden höchstpersönlichen Natur auch der Grund für das Erfordernis der Zustimmung entfällt, vgl. auch *Ulmer* a.a.O.

¹⁸⁹³ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(2), S. 70.

¹⁸⁹⁴ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 104; *Klein*, DStR 1992, 326; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 177 Rn. 30; *Ulmer*, NJW 1990, 73, 76. Vgl. zur Zulässigkeit Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil BGH unten 2. Kapitel: VI.2.b)bb), S. 198.

Strittig ist allerdings, inwieweit auch eine uneingeschränkte Nachfolgeklausel die Auslegung zugunsten einer stillschweigenden Zustimmung rechtfertigt. Diese ist erforderlich, um bei Tod des persönlich haftenden Gesellschafter das Ausscheiden und die Fortsetzung der Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern zu verhindern, §§ 161 II, 131 III Nr. 1 HGB, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 139 Rn. 10; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 4. Für den Kommanditisten folgt diese bereits aus § 177 HGB, so dass sich das Problem bei der GmbH & Co. KG mit einer GmbH als einziger persönlich haftender Komplementärin nicht stellt. Letztlich kann nach der überwiegend vertretenen Meinung in einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel aber ohnehin nicht notwendig auch die Zustimmung zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung gesehen werden, *Klein*, DStR 1992, 326; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 69; weitergehend *Ulmer*, NJW 1990, 73, 76; *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 88; a. A. *MünchKomm-Brandner*, § 2205 Rn. 29; *Mayer*, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 157, 199; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 121; differenzierend *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 177 Rn. 30: Die zum Zeitpunkt der Bearbeitung der Fundstelle noch überwiegend ablehnenden Beurteilung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung spreche gegen die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung; er hält aber ein anderes Ergebnis bei einer Konsolidierung der Testamentsvollstreckungspraxis – wie sie nunmehr bejaht werden kann – ausdrücklich für möglich.

¹⁸⁹⁵ Wenngleich diese den Vorteil hat, dem Gesellschafter eine individuelle Entscheidung zu ermöglichen, zumal sie auch rückwirkend, § 184 BGB, erteilt werden kann, *Ulmer*, NJW 1990, 73, 76.

¹⁸⁹⁶ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 104; *Klein*, DStR 1992, 326; *Mayer*, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 199; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 177 Rn. 30.

¹⁸⁹⁷ Bei Annahme der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung käme es zu einer unzulässigen Abspaltung des einheitlichen Kommanditanteils. Der Gesellschafter könne aber im Recht der Personengesellschaften nur eine einheitliche Beteiligung innehaben und nicht mehrere selbständige, vgl. BGH (II. Zivilsenat – Gesellschaftsrechtssenat), Urteil vom 11.4.1957, BGHZ 24, 106, 113; ebenso *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 177 Rn. 21, der allerdings in Fn. 25 auch daran denkt, eine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen; offengelassen durch den BGH (II. Zivilsenat – Gesellschaftsrechtssenat) im Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 199. Vgl. auch *Klein*, DStR 1992, 326, 327.

¹⁸⁹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1285 f.: Der Erbrechtssenat sieht sich dabei auf einer Linie mit dem für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats, welcher in dem Urteil vom 25.2.1985 (NJW 1985, 1953, 1954) die rechtsgeschäftliche Übertragung eines der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gesellschaftsanteils auf den persönlich haftenden Gesellschafter zu beurteilen hatte und zu dem Ergebnis kam, dass zumindest der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben der Testamentsvollstreckung unterliege und ihr auch durch die nachträgliche Übertragung nicht entzogen werden könne, vgl. bereits oben Fn. 1755. Der II. Senat hat im Übrigen auf Anfrage des IV. Senats mitgeteilt, dass er den vom IV. Senat zu entscheidenden Sachverhalt im Ergebnis nicht anders entscheiden würde, NJW 1996, 1286.

¹⁸⁹⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(1)(b), S. 189.

¹⁹⁰⁰ Vgl. *Mayer*, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 186; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 131; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I.2.b)bb); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 105 Rn. 26. Dagegen an der Einheitlichkeit streng festhalten

(e) Problematik der Vererbung durch einen geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Kommanditisten

Offen blieb bis jetzt auch die Frage, welche Auswirkungen es auf die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung hat, dass der Erblasser entgegen dem gesetzlichen Normalfall nach §§ 164, 170 HGB¹⁹⁰¹ eine mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgestattete Kommanditistenstellung innehatte. Diese Frage wurde auch im wegweisenden Beschluss des BGH vom 3.7.1989,¹⁹⁰² nur angerissen, wohl mit dem Hintergedanken, dass eine persönliche, über den Bestand des Nachlasses hinausgehende Haftung aus dieser Befugnis resultieren könnte, was wiederum in Konflikt mit der beschränkten Befugnis des Testamentsvollstreckers geriete.¹⁹⁰³ Diese Konstellation dürfte jedoch bei genauerer Betrachtung keine allzu große Rolle spielen, zumal es sich bei diesen Befugnissen meist um Sonderrechte handelt, die aufgrund ihrer höchstpersönlichen Natur unvererblich sind,¹⁹⁰⁴ es sei denn, es findet sich eine diesbezügliche Regelung in einer Nachfolgeklausel, bzw. die Auslegung des Gesellschaftsvertrages lässt sonst auf das Gegenteil schließen.¹⁹⁰⁵

Sollte es sich dagegen ausnahmsweise um vererbliche Sonderrechte handeln, so stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies hat. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung jedenfalls dann scheitert, wenn keine Zustimmung der übrigen Gesellschafter dahingehend gegeben ist, dass dem Vollstrecker auch die Befugnis zusteht, sie durch seine Befugnis möglicherweise mit ihrem gesamten Vermögen zu verpflichten. Denn es ist davon auszugehen, dass die Mitgesellschafter selbst dann, wenn sie im Gesellschaftsvertrag der Testamentsvollstreckung zugestimmt haben, damit nicht beabsichtigt haben, dass die Geschäftsführung während der Dauer der Testamentsvollstreckung vom Inhaber dieses Amtes sollte ausgeübt werden können.¹⁹⁰⁶

(f) Umfang und Beschränkung der Testamentsvollstreckung

Grundsätzlich umfassen die Befugnisse des Testamentsvollstreckers die Wahrnehmung der Rechte der Erbenkommanditisten, insbesondere auch des Stimmrechts.¹⁹⁰⁷ Er ist dabei jedenfalls durch die erbrechtlich vorgege-

tend und daher die Testamentsvollstreckung in diesem Falle ablehnend *Ulmer* NJW 1990, 73, 76. Er folgert die Einheitlichkeit aus der vertraglichen Grundlage der Personengesellschaft – § 705 BGB – und aus der Rolle der Gesellschafter als Vertragspartner. Richtigerweise steht jedoch die naturgemäße Unteilbarkeit der an der Gesellschaft beteiligten Personen der unterschiedlichen Ausgestaltung der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern und/oder im Außenverhältnis nicht entgegen, *Lüttge*, NJW 1994, 5, 10 f. Auch *Ulmer* ist insoweit mittlerweile in Richtung Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung auch in diesem Fall geschwenkt, vgl. *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 89 b: Die Vereinigung von ursprünglichem und ererbtem Anteil schließe es nicht aus, „dass nur der ererbte Teil der Mitgliedschaft dem Sonderregime der Testamentsvollstreckung unterliegt.“ Weitergehend für vollständige Aufgabe des Einheitlichkeitsgrundsatzes für die Kommanditbeteiligung *Esch*, BB 1993, 664, 667 f.; vgl. allgemein kritisch zur zwingenden Einheitlichkeit *Priester*, DB 1998, 55.

Während *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 89 b jedoch davon ausgeht, dass dennoch der ererbte Gesellschaftsanteil wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit nicht als selbständiger bestehen bleibt, sondern sich automatisch mit dem bereits vorher vorhandenen Anteils vereinigt, geht *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I.2.b)bb) von einer echten Ausnahme vom Prinzip der Einheitlichkeit aus.

¹⁹⁰¹ Vgl. schon Fn. 1736. Die Bestimmung des § 164 ist insoweit disponibel, so dass durch Gesellschaftsvertrag organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werden kann, §§ 161 II, 105 III HGB, 706 III BGB, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 164 Rn. 7 f.; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 164 Rn. 20; GroßkommentarHGB-Schilling, § 164 Rn. 8, 19; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 164 Rn. 19; die durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung begründete organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis hat anders als bei einem Kommanditisten, der in einem bloßen Anstellungsverhältnis steht, zur Folge, dass er Weisungen des Komplementärs nicht unterliegt, sondern vielmehr neben diesem befugt ist, *MünchHandbuchKG-Wirth*, § 3 Rn. 75; vgl. dagegen zur Möglichkeit, dass der Gesellschaftsvertrag Mitarbeit des Kommanditisten unterhalb der Geschäftsführungsebene vorsieht *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 164 Rn. 19; *MünchHandbuchKG-Wirth*, § 4 Rn. 17; die Abgrenzung zur organschaftlichen Vertretungsmacht ist nicht immer leicht, *MünchHandbuchKG-Wirth*, § 3 Rn. 75.

§ 170 schließt lediglich die organschaftliche Vertretungsmacht aus, nicht dagegen die rechtsgeschäftliche durch Erteilung einer Vollmacht oder Prokura, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 170 Rn. 3 ff.; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 170 Rn. 8 ff.; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 130; *GroßkommentarHGB-Schilling*, § 170 Rn. 5; *Ebenroth/Boujong/Joost-Weipert*, HGB, § 170 Rn. 5.

¹⁹⁰² BGHZ 108, 187, 195 f.

¹⁹⁰³ *Klein*, DStR 1992, 326, 327.

¹⁹⁰⁴ Vgl. zu den Sonder- bzw. Vorzugsrechten *Hachenburg-Ulmer*, § 5 Rn. 160; *Karsten Schmidt*, § 19 III 3.c)bb). Maßgebend hierfür ist die Auslegung des Gesellschaftsvertrages. Wurde die Geschäftsführungsbefugnis bestimmten Kommanditisten wegen ihrer besonderen Fähigkeiten übertragen, so handelt es sich eben um Sonderrechte, die den Rechtsnachfolgern bzw. Erben nicht zustehen sollen, *GroßkommentarHGB-Ulmer*, 3. Auflage, § 139 Rn. 62.

Die rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht ist für sich allein keine vererbliche Rechtsposition im Sinne des § 1922 BGB. Sie kann es nur im Zusammenhang mit der Rechtsstellung sein, die sich aus dem Grundverhältnis ergibt. Bei Auftrag oder Geschäftsbesorgung erlischt sie im Zweifel mit dem Tod des Bevollmächtigten, §§ 673, 675, 168, 1 BGB. Wurde die Vollmacht dagegen im Interesse des Bevollmächtigten erteilt, so erlischt sie mit dessen Tod dann nicht, wenn dieses Eigeninteresse auch beim Erben gegeben ist, *MünchKomm-Schramm*, § 168 Rn. 6. Maßgeblich ist somit auch hier der Gesellschaftsvertrag als das insoweit maßgebliche Grundverhältnis, *Reimann*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.7.1989, DNotZ 1990, 190, 193; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 130.

¹⁹⁰⁵ Vgl. *Mayer*, ZIP 1990, 976, 977; ders., in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 203; *Reimann*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.7.1989, DNotZ 1990, 190, 192 f.; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 130; *Ulmer*, NJW 1990, 73, 76; *GroßkommentarHGB-Ulmer*, 3. Auflage, § 139 Rn. 62.

¹⁹⁰⁶ *Mayer*, in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 203; *Reimann*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.7.1989, DNotZ 1990, 190, 193; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 130; *Ulmer*, NJW 1990, 73, 76, der vielmehr die Frage für maßgeblich hält, ob in solchen Fällen die Geschäftsführerfunktion ruhen soll oder ob sie, wenn das nicht der Fall ist, ein Hindernis für die Testamentsvollstreckung darstellt.

¹⁹⁰⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 11.4.1957, BGHZ 24, 106.

benen Beschränkungen der Testamentsvollstreckung begrenzt, also insbesondere § 2206, 2208 I 1, 2216 BGB.¹⁹⁰⁸

In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bereitet die Kernbereichslehre Probleme. Umstritten ist insbesondere, inwiefern die aus ihr folgenden Einschränkungen auch für den Testamentsvollstrecker greifen, was der Bundesgerichtshof gerade offen gelassen hat.¹⁹⁰⁹ Die Meinungen hierzu divergieren.¹⁹¹⁰ Im Hinblick auf größtmögliche Sicherheit ist jedoch auch hier bis zu einer endgültigen Klärung durch die Rechtsprechung zu empfehlen, für Maßnahmen, die über die laufende Verwaltung hinausgehen bzw. die Rechtsstellung des Erben über die mit der Testamentsvollstreckung ohnehin verbundenen Beeinträchtigungen hinaus tangieren, die Zustimmung einzuholen. Ansonsten droht die Gefahr der Nichtigkeit von Beschlüssen unter alleiniger Mitwirkung des Vollstreckers.¹⁹¹¹

(g) Erbrechtliche Folgeprobleme – Testamentsvollstreckung und Gruppenvertretung

Auch im Erbrecht kann sich die Frage nach einer Koordination zwischen Erben und Testamentsvollstrecker durch Anordnung einer obligatorischen Gruppenvertretung stellen.¹⁹¹² In einer entsprechenden Anordnung durch den Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung ist kein Verstoß gegen die Bestimmung des § 2220 BGB zu sehen, weil der Testamentsvollstrecker gerade nicht von seinen Verpflichtungen freigestellt wird, sondern ihm vielmehr nur die bestmögliche Wahrnehmung seiner Aufgaben ermöglicht werden soll.¹⁹¹³

Es tauchen im erbrechtlichen Bereich nicht die Probleme auf, die sich im Gesellschaftsrecht aufgrund des so genannten Abspaltungsverbots¹⁹¹⁴ ergeben. Die daraus für das Gesellschaftsrecht abzuleitenden Einschränkungen sind für das Erbrecht nicht zu fordern, weil dieses Verbots im erbrechtlichen Kontext nicht gilt. Es geht schließlich nicht direkt um die Ausübung der Rechte in der Gesellschaft, sondern um das Verhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker.¹⁹¹⁵ Es wird daher dem Erblasser auch ein weitergehender Einfluss auf die Bestimmung der Innenverfassung der vertretenen Gruppe im Wege der letztwilligen Verfügung zugebilligt. Dies lässt sich damit begründen, dass der Erblasser die weitergehende Möglichkeit hat, die Auseinandersetzung auszuschließen.¹⁹¹⁶ Als Minus kann ihm daher die Befugnis zugestanden werden, auch im Wege von Auflagen nach §§ 2192 ff. BGB, auf die Binnenstruktur der Erbengemeinschaft Einfluss zu nehmen. Auf diesem Wege kann er der Gruppe auch einen bestimmten Vertreter mehr oder weniger aufoktroyieren.¹⁹¹⁷

Die Bestimmung des Vertreters ist zwar grundsätzlich eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung, die nach §§ 2038 II, 745 BGB auch durch Mehrheitsbeschluss erfolgen kann. Dem Erblasser muss jedoch zugestanden werden, parallel zur Bestimmung eines Auseinandersetzungsausschlusses mit schuldrechtlicher, nicht dinglicher Wirkung einzugreifen und etwa die Einigung auf einen bestimmten Vertreter vorzuschreiben.¹⁹¹⁸

¹⁹⁰⁸ Vgl. zunächst bereits die Ausführungen oben 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3)(b), S. 191.

¹⁹⁰⁹ BGH, Beschluss vom 7.3.1989, BGHZ 108, 187, 198 f. Er sieht hierin lediglich keinen Hinderungsgrund für die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Vgl. zum Kernbereich bereits ausführlich oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(5), S. 15.

¹⁹¹⁰ Es kann wohl in der neueren instanzgerichtlichen Rechtsprechung sowie der Literatur eher eine Tendenz gegen eine Beschränkung durch die Kernbereichslehre festgestellt werden, so LG Mannheim, Urteil vom 10.11.1998, ZEV 1999, 443, 444 f.; vgl. auch die Anmerkung von *Robert Wenninger*, ZEV 1999, 445, 445 f.; MünchKomm-*Brandner*, § 2205 Rn. 32; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 85 m.w.N.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.8.c) (anders noch Schlegelberger-*Karsten Schmidt*, HGB, § 139 Rn. 51 b); MünchKomm-*Ulmer*, § 705 Rn. 89 unter Aufgabe seiner früheren Auffassung in etwa NJW 1990, 73, 80.

A. A. dagegen *Baumbach/Hopt*, HGB, § 139 Rn. 27; *Klein*, DStR 1992, 326, 327 f.; *Mayer* in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 204 i.V.m. Rn. 174 ff.: Der Kernbereich der Mitgliedschaft beschränke nicht nur die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen, sondern setze auch der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers Grenzen; ders., ZIP 1990, 976, 978; *Staudinger-Reimann*, § 2205 Rn. 122. Eine Begründung für die Geltung der Kernbereichslehre auch im Verhältnis Erbe – Testamentsvollstrecker fehlt jedoch durchgehend. Die besseren Argumente sprechen wohl gegen die Anwendung der Kernbereichslehre im Verhältnis Erbe – Testamentsvollstrecker. Als Begründung für diese Auffassung lässt sich anführen, dass es nicht ohne weiteres ersichtlich ist, wieso die Kernbereichslehre, die zunächst den Erblasser vor Beschränkungen seiner Rechte durch die Mehrheit seiner Mitgesellschafter schützen soll, nach Eintritt des Erbfalls nunmehr auch als Schutzmechanismus zugunsten der Erben gegenüber den testamentarischen Verfügungen des Erblassers wirken soll. Dies würde eine Außerkraftsetzung des Erblasserwillens gerade hinsichtlich der wichtigsten Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft bedeuten. Der Kernbereichsschutz wirkt im Verhältnis unter den Mitgesellschaftern und nicht zum Testamentsvollstrecker. Die Kernbereichslehre erfüllt bei diesem Verständnis auch so ihren Sinn, da die Rechtspositionen des Kernbereichs nunmehr durch den Testamentsvollstrecker für die Erben wahrgenommen werden, vgl. *Lorz*, in *FS Boujong*, S. 319, 330 f. Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 85; *Muscheler*, Haftungsordnung, S. 506 f.; *Pentz*, Anmerkung zu LG Mannheim, Urteil vom 10.11.1998, NZG 1998, 825 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V.8.c).

¹⁹¹¹ *Klein*, DStR 1992, 326, 328; *Mayer*, ZIP 1990, 976, 978.

¹⁹¹² Vgl. oben 2. Kapitel: VI.1.b), S. 174.

¹⁹¹³ *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 307; ders., in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 315; *Staudinger-Reimann*, § 2218 Rn. 37.

¹⁹¹⁴ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(b), S. 178.

¹⁹¹⁵ *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 307; ders., in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 316.

¹⁹¹⁶ Vgl. § 2044 I, II BGB; vgl. hierzu genauer MünchKomm-*Dütz*, § 2044 Rn. 5 ff.

¹⁹¹⁷ Dies ist jedenfalls für den Fall anerkannt, dass es sich dabei um ein Mitglied der Erbengemeinschaft handelt, vgl. *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 307; ders., in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 316.

¹⁹¹⁸ Die Bestimmung eines bestimmten Vertreters durch die letztwillige Verfügung ist dem Erblasser dagegen verwehrt, *Staudinger-Reimann*, § 2218 Rn. 37. Die Erben haben auf Grund der nur schuldrechtlichen Wirkung einer entsprechenden Anordnung zwar grundsätzlich die Befugnis, sich darüber einverständlich hinwegzusetzen, vgl. zum Auseinandersetzungsverbot MünchKomm-*Dütz*, § 2044 Rn. 7; *Staudinger-Werner*, § 2044 Rn. 6. Diese Möglichkeit ist ihnen aber bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung gerade genommen, MünchKomm-*Dütz*, § 2044 Rn. 9. Vgl. zum Ganzen *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 307; ders., in *Bengel/Reimann*, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 316; *Staudinger-Reimann*, § 2218 Rn. 37. Gleiches gilt für den Fall, dass der Erblasser eine Auflage nach §§ 2192 ff. verfügt. Da der Erblasser den nach § 2194 BGB Vollziehungsberechtigten nicht quasi-amtliche Befugnisse aufnötigen kann, ist es zwar jedenfalls unstreitig, dass keine Pflicht besteht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, *Palandt-Edenhofer*, § 2194 Rn. 3; *Staudinger-Otte*, § 2194 Rn. 13; MünchKomm-*Schlichting*, § 2194 Rn. 7 (strittig ist dagegen, ob – weitergehend – auch ein Verzicht ohne Einschränkungen möglich ist

Hat der Erblasser von einer Einsetzung eines bestimmten Vertreters abgesehen, so haben die Erben die Möglichkeit, diesen nach §§ 2038 II, 745 BGB zu bestimmen. Kommt eine Einigung nicht zustande, kommt es allerdings nicht wie im Gesellschaftsrecht zu einem Ruhen der Rechte der Erben.¹⁹¹⁹ Diese leben vielmehr wieder auf, weil dies ansonsten einen dauernden Rechenschaftsausschluss für den Testamentsvollstrecker zur Folge hätte, mithin einen Verstoß gegen § 2220 BGB.¹⁹²⁰

cc) Zusammenfassung

Es sollte daher zur Gewährleistung einer bestmöglichen Harmonisierung für den Fall, dass der Erblasser keine Testamentsvollstreckung anordnet, eine Vertragsklausel aufgenommen werden, die die obligatorischen Gruppenvertretung regelt. Darüber hinaus muss dafür Vorsorge getroffen werden, dass bei einer entsprechenden Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser dieser keine gesellschaftsrechtlichen Hindernisse im Wege stehen, mithin bereits im Gesellschaftsvertrag die Zustimmung der Gesellschafter aufgenommen wird.¹⁹²¹

dd) Klauselformulierung

§ 15 des KG-Vertrags, der die Vererbung regelt, muss daher um einen Absatz 3 ergänzt werden:¹⁹²²

§ 15

Vererbung von Gesellschaftsanteilen

(1) ...

(2) ...

(3) Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung am Gesellschaftsanteil ist zulässig. Der oder die Testamentsvollstrecker können auch berechtigt werden, als Bevollmächtigte oder Treuhänder¹⁹²³ der Erben oder Vermächtnisnehmer sämtliche Rechte aus dem Gesellschaftsanteil auszuüben. Für die treuhänderische Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf den Testamentsvollstrecker und die Rückübertragung auf die Erben oder Vermächtnisnehmer ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung nach § 14 Absatz 2 Satz 1 nicht erforderlich.¹⁹²⁴

b) Gestaltung des GmbH-Vertrages

Zwar ist im Recht der Komplementär-GmbH aufgrund der Bestimmung des § 18 GmbHG die Spannungslage entkräftet. So können die Erben bereits nach der gesetzlichen Rechtslage durch Mehrheitsbeschluss die Verwaltung des in den Nachlass fallenden GmbH-Anteils nach §§ 2038 II, 745 BGB regeln – § 18 GmbHG betrifft nur das Verhältnis zur Gesellschaft, nicht das Innenverhältnis der Gesellschafter¹⁹²⁵ –, bevor dann die Rechte iSd. § 18 GmbHG gemeinschaftlich ausgeübt werden, da eine Sondererbfolge gerade nicht stattfindet.¹⁹²⁶ Sie können

– so Staudinger-Otte, § 2194 Rn. 13; MünchKomm-Schlichting, § 2194 Rn. 7 m.w.N. – oder ob ein Verzicht nur dann möglich ist, wenn dieser – z.B. wegen einer veränderten Sachlage – dem mutmaßlichen Erblasserwillen entspricht, vgl. Palandt-Edenhofer, § 2194 Rn. 3). Doch steht dem die Anordnung der Testamentsvollstreckung entgegen. Obwohl in § 2194 BGB nicht genannt, ergibt sich dessen Befugnis, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, bereits aus §§ 2203, 2208 II, 2223 BGB, vgl. BayObLG Beschluss vom 4.5.1979, MDR 1979, 847; Soergel-Dieckmann, 12. Auflage, § 2194 Rn. 4; Staudinger-Otte, § 2194 Rn. 5; MünchKomm-Schlichting, § 2194 Rn. 4. Er hat von seiner Befugnis nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch zu machen, Staudinger-Otte, § 2194 Rn. 13.

¹⁹¹⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa)(1)(a), S. 177.

¹⁹²⁰ Klumpp, ZEV 1999, 305, 307; ders., in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 316. Zu einem Wiederaufleben kommt es aus denselben Gründen auch, wenn der Vertreter untätig bleibt, Klumpp, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 6. Kapitel Rn. 316; Staudinger-Reimann, § 2218 Rn. 37.

¹⁹²¹ Vgl. zur Zulassung der Testamentsvollstreckung Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 207; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 19 II. Eine Formulierung für die Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser ist zu finden bei Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 206.

¹⁹²² Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 19 II.

¹⁹²³ Diese Ersatzlösung (vgl. zu den Möglichkeiten oben Fn. 1888) wurde nur aus Gründen der Rechtssicherheit aufgenommen.

¹⁹²⁴ Vgl. zu dieser Ausnahme § 14 Absatz 2 Satz 2 f) im KG-Vertrag oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(2)(b), S. 71.

¹⁹²⁵ BGH, Urteil vom 14.12.1967, BGHZ 49, 183, 191 f.; Michalski-Ebbing, § 18 Rn. 42; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 18 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff, § 18 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 18 Rn. 7 f.; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 20.

¹⁹²⁶ Auch hier stellt sich, vergleichbar zum Fall der Gruppenvertretung bei der KG (vgl. oben Fn. 1796), die Frage, inwieweit das Votum der Mehrheit als einheitliche Stimmabgabe im Sinne des § 18 GmbHG zu werten ist, mit anderen Worten die Frage der Außenwirkung der Beschlussfassung nach §§ 2038 I, II, 745 BGB. Der BGH und Teile der Literatur vertreten die Ansicht, die GmbH müsse Rechtshandlungen der Mehrheit auch ohne Bestätigung durch die Minderheit gegen sich gelten lassen, vgl. BGH, Urteil vom 29.3.1971, BGHZ 56, 47, 49 ff.; offen dagegen noch BGH, Urteil vom 14.12.1967, BGHZ 49, 183, 193; vgl. auch Urteil vom 12.6.1989, GmbHR 1989, 329, 332 zu § 2038 I 2, 2. HS. BGB; aus der Instanzgerichtlichen Rechtsprechung OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.4.1994, GmbHR 1995, 824, 825; aus der Literatur Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 18 Rn. 11; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 18 Rn. 4; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 18 Rn. 4; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 18 Rn. 8; MünchKomm-Karsten Schmidt, §§ 744, 745 Rn. 8; Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249. Ablehnend dagegen Michalski-Ebbing, § 18 Rn. 44; Scholz-Winter, § 18 Rn. 20; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 20 f.; etwas anderes soll dann gelten, wenn die Minderheit den Mehrheitsbeschluss billigt (Scholz-Winter, § 18 Rn. 20; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 21) bzw. in den Grenzen der §§ 174, 180 BGB genehmigt, Lutter/Hommelhoff, § 18 Rn. 3; Scholz-Winter, § 18 Rn. 20; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 22; ablehnend hinsichtlich der Genehmigungsmöglichkeit Michalski-Ebbing, § 18 Rn. 44.

aber auch einen gemeinsamen Vertreter bestellen, vgl. § 18 III GmbHG. Eine unterschiedliche Ausübung droht gerade nicht.¹⁹²⁷

Dennoch stellt sich die Frage, ob die gewünschte Abstimmung der Gesellschaftsverträge von GmbH und KG eine Anwendung der für die KG gefundenen Lösungen auch auf die Komplementärin erfordert.

aa) Obligatorische Gruppenvertretung

Es besteht auch für die GmbH ein Bedarf für eine obligatorische Gruppenvertretung, da ansonsten die Gefahr droht, dass die Einigung über die Stimmabgabe erst vor der jeweiligen Abstimmung erfolgt. Dies ist weder praktikabel, noch dient es der Rechtssicherheit und -klarheit. Es ist daher zweckmäßig, in der Satzung im Wege einer obligatorischen Gruppenvertretung die gemeinschaftliche Rechtsausübung nach § 18 I GmbHG abzubedingen und in Anlehnung an § 69 I AktG die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu verlangen. Die Bestimmung des § 18 GmbHG ist disponibel.¹⁹²⁸ Dafür spricht zudem die Tatsache, dass der Schutz aus § 18 GmbHG nur begrenzt greift, nämlich solange eine Mitberechtigung der gesamthänderisch gebundenen Erben besteht. Der Schutz des § 18 GmbHG endet somit mit der Durchführung der Auseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB.¹⁹²⁹ Schon aus diesem Grunde ist die Anordnung einer obligatorischen Gruppenvertretung unumgänglich.¹⁹³⁰ Nur so kann auch der notwendige Gleichlauf in KG und GmbH gesichert werden.

bb) Testamentsvollstreckung

Wie im Recht der Personengesellschaften stellt sich auch für den Erblasser im Hinblick auf seine Beteiligung an der GmbH die Frage nach der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung. Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an einem GmbH-Anteil ist vor allem auch im Hinblick auf die gerade im Recht der Personengesellschaften umstrittene Frage der Dauertestamentsvollstreckung¹⁹³¹ völlig unstrittig und bedarf insbesondere keiner expliziten Zustimmung der übrigen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder ad hoc. Dies gilt auch für den Fall der personalistischen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses. Die Rechtslage bezüglich der Zulässigkeit darf somit als geklärt angesehen werden, so dass sich ein weiteres Eingehen darauf erübrigt.¹⁹³² Es sollte daher parallel zur Gestaltung des KG – Vertrags¹⁹³³ eine obligatorische Gruppenvertretung angeordnet werden für den Fall, dass keine Testamentsvollstreckung angeordnet wird und – nach der hier vertretenen Auffassung nur deklaratorisch – die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung.

cc) Klauselformulierung

Der GmbH-Vertrag muss entsprechend der Regelung im KG-Vertrag in etwa folgendermaßen ergänzt werden.¹⁹³⁴

§ 15

Vererbung von Geschäftsanteilen

(1) Die Geschäftsanteile gehen im Todesfall auf die Erben über.

¹⁹²⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1967, BGHZ 49, 183, 191 f.; Klumpp, ZEV 1999, 305, 306; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 15.

¹⁹²⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 18/88, GmbHR 1989, 120, 121; Michalski-Ebbing, § 18 Rn. 59; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 18 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff, § 18 Rn. 3, 7; Rowedder-Pentz, § 18 Rn. 10; Schörnig, S. 207 ff.; Scholz-Winter, § 18 Rn. 19; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 17. Im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Probleme kann dabei auf die Erörterungen zur KG verwiesen werden, vgl. oben 2. Kapitel: VI.2.a)aa), S. 176, insbesondere auch Schörnig, S. 213 ff.; Karsten Schmidt, ZHR 146 (1982), 525 ff.; auch Scholz-Karsten Schmidt, § 47 Rn. 80 m.w.N.

¹⁹²⁹ Scholz-Winter, § 18 Rn. 13; Hachenburg-Zutt, § 18 Rn. 14.

¹⁹³⁰ Schörnig, S. 211 f.

¹⁹³¹ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3), S. 191.

¹⁹³² Vgl. insoweit BGH, Urteil vom 10.6.1959, NJW 1959, 1820, 1821; Urteil vom 11.10.1976, DB 1976, 2295, 2298; Urteil vom 12.6.1989, GmbHR 1989, 329, 330; BayObLG, Beschluss vom 29.3.1976, NJW 1976, 1692; Beschluss vom 18.3.1991, GmbHR 1991, 572, 574 f.; MünchKomm-Brandner, § 2205 Rn. 41 ff.; Soergel-Damrau, 12. Auflage, § 2205 Rn. 49; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 49; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 104; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 16; Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 37; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 25 Rn. 71; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 6; Priester, in FS Stimpel, S. 463, 466 ff. (auch hinsichtlich der verwaltenden Testamentsvollstreckung: dies verkennen Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 130, die Priester die Ablehnung der Zulässigkeit der verwaltenden Testamentsvollstreckung unterstellen); Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 177 Rn. 44; Scholz-Winter, § 15 Rn. 208; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 119. Einschränkend für die Verwaltungsvollstreckung dagegen Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 130: sie gehen zwar zutreffend davon aus, dass Voraussetzung für die Testamentsvollstreckung in jedem Fall ist, dass diese durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.6.1959, NJW 1959, 1820, 1821; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 53; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 16; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 6; Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 119; a. A. Wiedemann, Mitgliedschaft, S. 338 m.w.N.); sie folgern aber weiterhin daraus, dass die verwaltenden Testamentsvollstreckung nur zulässig ist, wenn sie in der Satzung vorgesehen ist; sie berufen sich dabei auch auf Hachenburg-Zutt, Anh. § 15 Rn. 119, der dies jedoch gerade nicht vertritt.

Bezüglich der Grenzen, insbesondere zur Kernbereichslehre sowie hinsichtlich Gruppenvertretung im Erbrecht kann auf die Darstellung zur Kommanditgesellschaft verwiesen werden, oben 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3)(f), S. 195 bzw. 2. Kapitel: VI.2.a)bb)(3)(g), S. 196 sowie insbesondere auch Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 37; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 25 Rn. 87; Mayer, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel Rn. 232, 235 ff.; Priester, in FS Stimpel, S. 463, 481 ff.

¹⁹³³ Vgl. oben 2. Kapitel: VI.2.a)cc), S. 197.

¹⁹³⁴ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 64 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 13; § 68 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 15 III; Hopt-Volhard, Form. II.D.3., § 4 VI.

- (2) Sind mehrere Erben vorhanden, so können sie ihre Gesellschafterrechte nur durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten ausüben, sofern es sich nicht um Beschlüsse über die Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrags handelt, oder das Recht zur persönlichen Wahrnehmung der Gesellschafterrechte im Prozessfall (Prozessführungsbefugnis) betroffen ist. Der Bevollmächtigte ist an die Weisungen der Erben gebunden. Die Gesellschaftergruppe fasst ihre Beschlüsse, insbesondere diejenigen über die Bestellung und Abberufung des gemeinschaftlichen Vertreters sowie die Erteilung von Weisungen an ihn, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Beschlussprotokoll auch von den unterlegenen Erben zu unterzeichnen, um zu bekunden, dass sie die Mehrheitsentscheidung akzeptieren. Das Stimmrecht der Erben in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter ruht, bis sie einen Bevollmächtigten benannt haben. Die Vollmacht kann nur gegenüber der Gesellschaft durch eine aus Gründen der Rechtssicherheit von allen Erben unterzeichnete schriftliche Erklärung erteilt werden, die den Bevollmächtigten zur einheitlichen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Sinne von Absatz 2 Satz 1 ermächtigt. Die Vollmacht bleibt bestehen, bis ein Widerruf in einer Absatz 2 Satz 6 entsprechenden Weise gegenüber der Gesellschaft erklärt wird. Absatz 2 Satz 1, 3, 5 und 6 gelten entsprechend, wenn die Vollmacht widerrufen wird, bis ein neuer Bevollmächtigter ernannt ist.
- (3) Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung am Geschäftsanteil ist zulässig. Der oder die Testamentsvollstrecker können auch berechtigt werden, als Bevollmächtigte oder Treuhänder¹⁹³⁵ der Erben oder Vermächtnisnehmer sämtliche Rechte aus dem Geschäftsanteil auszuüben. Für die treuhänderische Übertragung von Geschäftsanteilen auf den Testamentsvollstrecker und die Rückübertragung auf die Erben oder Vermächtnisnehmer ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung nach § 14 Absatz 1 Satz 1 nicht erforderlich.¹⁹³⁶

VII. KONSEQUENZEN DER HARMONISIERUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE

Über die Harmonisierung der Gesellschaftsverträge von KG und Komplementär-GmbH wurde erreicht, dass das rechtlich relevante Verhalten in beiden Gesellschaften im Wege der Vertragsgestaltung zu denselben Rechtsfolgen führt. Damit allein ist den Gesellschaftern jedoch nicht gedient, da somit ein Gleichlauf in beiden Gesellschaften im Hinblick auf Beteiligungs- und Gesellschafteridentität nur ermöglicht wird. Es ist allerdings keinesfalls so, dass ein Gleichlauf dann auch tatsächlich stattfindet, da die bloße Harmonisierung der Verträge unberücksichtigt lässt, dass eine unterschiedliche Entwicklung in beiden Gesellschaften nach wie vor über ein unterschiedliches Verhalten der Gesellschafter denkbar ist. Dies lässt die Harmonisierung außer Betracht. Im Folgenden gilt es somit, einen Weg zu finden, der über den durch die Harmonisierung geschaffenen potenziellen Gleichlauf in beiden Gesellschaften hinaus auch einen tatsächlichen Gleichlauf sicherstellt.

3. KAPITEL: LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN FÜR DIE ABSTIMMUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON KG UND GMBH

I. VERZAHNUNG DER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE VON KG UND GMBH

In erster Linie zu denken ist zunächst an die Verzahnung der Gesellschaftsverträge, die über die bloße Harmonisierung hinaus eine parallele Entwicklung der Personen- und Beteiligungsverhältnisse durch Schaffung einer untrennbaren Einheit trotz der grundsätzlichen Selbständigkeit beider Gesellschaften ermöglichen soll. Daran ist vor allem zu denken in einer GmbH & Co. KG, die dadurch geprägt ist, dass die Einschaltung der GmbH lediglich aus Zwecken der Haftungsbeschränkung erfolgt, die eigentliche Macht jedoch allen (übrigen) Gesellschaftern in gleicher Weise zustehen soll.¹⁹³⁷

Es müssen auch in diesem Zusammenhang wie bereits im Rahmen der Harmonisierung der gesellschaftlichen Bestimmungen hauptsächlich verschiedene Maßnahmenbereiche getrennt werden. Es ist zu differenzieren zwischen Maßnahmen des oder der Gesellschafter, Maßnahmen der Mitgesellschafter sowie Maßnahmen Dritter.¹⁹³⁸

1. Kapitalerhöhungen

a) Vorüberlegungen

Zunächst sei jedoch kurz auf die Frage der Kapitalerhöhungen eingegangen. Wird nur das Kapital der KG erhöht, und droht dadurch die Beteiligungssituation in KG und Komplementär-GmbH auseinanderzudriften,¹⁹³⁹ so müssen die Gesellschafter verpflichtet sein, die unterschiedliche Entwicklung wieder zu kompensieren, indem auch in der GmbH eine entsprechende Kapitalerhöhung durchgeführt wird. Es ist daher eine entsprechende Klausel in

¹⁹³⁵ Diese Ersatzlösung (vgl. zu den Möglichkeiten oben Fn. 1888) wurde nur aus Gründen der Rechtssicherheit aufgenommen.

¹⁹³⁶ Vgl. zu dieser Ausnahme § 14 Absatz 1 Satz 2 f) im GmbH-Vertrag oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg), S. 70.

¹⁹³⁷ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 107.

¹⁹³⁸ Vgl. Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 3.

¹⁹³⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: II.2.f), S. 45.

die Satzung aufzunehmen.¹⁹⁴⁰ Dies sollte zudem dadurch sichergestellt werden, dass bei Weigerung einzelner Gesellschafter ihre Gesellschaftsanteile eingezogen werden können.¹⁹⁴¹ Dies macht dann freilich zur Erhaltung der Personenidentität auch die Ausschließung aus der KG erforderlich.¹⁹⁴² Nach der hier vertretenen Auffassung ist zudem aus Gründen der höheren Flexibilität die Klausel im Sinne einer Alternativermächtigung zwischen Einziehung bzw. Ausschließung und Abtretung zu gestalten.¹⁹⁴³

b) Klauselformulierung

In den GmbH-Vertrag muss eine dem § 4 Absatz 6 des KG-Vertrags entsprechende Regelung aufgenommen werden:

- § 4
Stammkapital, Stammeinlagen¹⁹⁴⁴
- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt...€
 - (2) Auf das Stammkapital haben übernommen:
 - a) A eine Stammeinlage von...€.
 - b) B eine Stammeinlage von...€.
 - c) C eine Stammeinlage von...€.
 - d) D eine Stammeinlage von...€.
 - (3) Die Einlagen sind in Geld bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags zu erbringen.
 - (4) Jeder Gesellschafter soll stets am Stammkapital der Gesellschaft in dem Verhältnis beteiligt sein, in dem er auch am Festkapital der KG beteiligt ist. Jeder Gesellschafter verpflichtet sich gegenüber der Gesellschaft und gegenüber jedem einzelnen Gesellschafter, alles seinerseits zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des gleichen Beteiligungsverhältnisses Erforderliche zu tun.

Die Sicherstellung dieser Verpflichtung durch die Ermöglichung der Einziehung/Abtretung bzw. des Ausschlusses/Abtretung erfolgt jeweils in § 16 Absatz 1 e).¹⁹⁴⁵ Man hätte in diesem Zusammenhang sicherlich auch an die Möglichkeit denken können, die Kapitalerhöhung in der KG nur unter der Bedingung zuzulassen, dass eine entsprechende Erhöhung auch in der Komplementär-GmbH vorgenommen wird. Dies trägt aber dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass den Gesellschaftern durchaus daran gelegen sein kann, zunächst nur eine Erhöhung in der KG durchzuführen, wenn sie etwa auf der Suche nach einem Kapitalgeber sind, und erst dann auch in der GmbH eine entsprechende Erhöhung vorzunehmen. Die Erhöhung in der GmbH würde sofort Notarkosten nach sich ziehen, vgl. §§ 53 II, 55 GmbHG.

2. Maßnahmen des Gesellschafters

a) Austritt des Gesellschafters

aa) Vorüberlegungen

Der Gesellschafter hat zwar aufgrund der Harmonisierung der Gesellschaftsverträge sowohl hinsichtlich seiner KG- als auch seiner GmbH-Beteiligung die Möglichkeit des Austritts aus der Gesellschaft mit der Folge seines Ausscheidens. Allein damit ist allerdings eine Wahrung der Gesellschafter- und Beteiligungsparität in beiden Gesellschaften noch nicht gewährleistet, sondern nur der Weg dazu geebnet. Es muss vielmehr zudem sichergestellt werden, dass, sollte sich der Gesellschafter nur zu der Trennung von einer seiner Beteiligungen entschließen, dies auch die Trennung von seiner jeweils anderen Beteiligung zur Folge hat. Dies kann durch die Aufnahme einer Klausel in beide Verträge erreicht werden, die den Gesellschafter verpflichtet, etwa im Falle der Kündigung seiner GmbH-Beteiligung auch die KG-Beteiligung zu kündigen, da ansonsten auch die GmbH-Kündigung keine Wirksamkeit entfalten könne.

Eine unzulässige Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit im Sinne von §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 723 III BGB wird man darin jedenfalls im Rahmen der hier diskutierten echten GmbH & Co. KG¹⁹⁴⁶ nicht erblicken können.¹⁹⁴⁷ Soweit es in der GmbH im Zusammenhang mit dem Austritt zur Abtretung der Beteiligung kommt, ist die Verzahnung kein spezifisches Problem des Gesellschafterausschlusses mehr, sondern vielmehr der rechtsgeschäftlichen Verfügung.¹⁹⁴⁸

¹⁹⁴⁰ Vgl. zu einer entsprechenden Klausel Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.7, § 3 IV.

¹⁹⁴¹ Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.7, § 8 II lit. a); vgl. ausführlich zu Einziehung oben 2. Kapitel: V.1.b)ee), S. 90.

¹⁹⁴² Vgl. Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.7 Anm. 7 i.V.m. III.10, § 20 II; vgl. ausführlich zur Ausschließung oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133 sowie 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146.

¹⁹⁴³ Vgl. hierzu ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146 für die KG sowie 2. Kapitel: V.1.b)ff), S. 125 und 2. Kapitel: V.1.b)gg), S. 135 für die Komplementär-GmbH.

¹⁹⁴⁴ Vgl. Sudhoff-Reichert, GmbH & Co. KG, § 68 – Satzung der GmbH, § 6; Münchener Vertragshandbuch I-Riegger, III.10, § 3.

¹⁹⁴⁵ Dies wird im Zusammenhang mit der Verzahnung für den Bereich Maßnahmen Dritter ausführlich behandelt, vgl. daher insoweit unten 3. Kapitel: I.5, S. 224.

¹⁹⁴⁶ Vgl. hierzu oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5.

¹⁹⁴⁷ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn.68.

¹⁹⁴⁸ Vgl. daher unten 3. Kapitel: I.2.b), S. 201.

bb) Klauselformulierung

Die Verzahnung der Kündigungsklauseln erfordert, dass § 17 der Verträge jeweils ein weiterer Absatz hinzugefügt wird und vor dem bisherigen Absatz 5 als neuer Absatz 5 eingefügt wird:

Im GmbH-Vertrag:

- (5) *Die Kündigung ist nur wirksam, wenn gleichzeitig eine Kündigung zu demselben Zeitpunkt der Gesellschaftsbeteiligung an der KG erfolgt.*¹⁹⁴⁹

Im KG-Vertrag:

- (5) *Die Kündigung ist nur wirksam, wenn gleichzeitig eine Kündigung zu demselben Zeitpunkt der Gesellschaftsbeteiligung an der Komplementär-GmbH erfolgt.*

b) Rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft

aa) Vorüberlegungen

Die Beteiligungs- und Personenverhältnisse können nur dann gewahrt werden, wenn auch sichergestellt ist, dass die Beteiligung an der KG nicht ohne diejenige an ihrer Komplementär-GmbH übertragen werden kann. Zudem muss sichergestellt werden, dass die Übertragung auch auf dieselbe(n) Person(en) und vor allem mit demselben Beteiligungsverhältnis erfolgt.¹⁹⁵⁰

Diese Klausel ist auch im Hinblick auf Belastung des Gesellschaftsanteils dahingehend zu ergänzen, dass die Beteiligungen nur zusammen und nur zugunsten derselben Personen belastet werden können.¹⁹⁵¹

bb) Klauselformulierung

§ 14 des GmbH- bzw. KG-Vertrages muss daher um einen Absatz 6 ergänzt werden, der in etwa folgendermaßen zu verfassen ist:

Für den GmbH-Vertrag:

- (6) *Geschäftsanteile können ganz oder teilweise zudem nur dann wirksam abgetreten werden, wenn zugleich auch die zugehörige Beteiligung an der KG ganz oder anteilig an ein- und dieselbe Person bzw. Personen in demselben Verhältnis abgetreten wird. Die Verpfändung eines Geschäftsanteils oder eines Teils davon sowie die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil oder einem Teil davon ist nur dann wirksam, wenn zugleich eine entsprechende Belastung des Gesellschaftsanteils an der KG zugunsten derselben Person erfolgt.*

Für den KG-Vertrag:

- (6) *Gesellschaftsanteile können ganz oder teilweise zudem nur dann wirksam abgetreten werden, wenn zugleich auch die zugehörige Beteiligung an der Komplementär-GmbH ganz oder anteilig an ein- und dieselbe Person bzw. Personen in demselben Verhältnis abgetreten wird. Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils oder eines Teils davon sowie die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil oder einem Teil davon ist nur dann wirksam, wenn zugleich eine entsprechende Belastung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH zugunsten derselben Person erfolgt.*

¹⁹⁴⁹ Vgl. *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 111; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 68; *Hopt-Volhard*, Form II.E.2., § 10 III. Anders dagegen *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 9, § 8 Rn. 42: Er stellt auf eine Regelung in beiden Gesellschaftsverträgen ab, die bei Kündigung der Kommanditgesellschaft die Einziehung des Anteils an der Komplementär-GmbH vorsieht oder den kündigenden Gesellschafter zur Abtretung dieses Geschäftsanteils verpflichtet. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: *Binz* geht im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung [vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)aa)(2), S. 53] davon aus, dass die Aufnahme eines Austrittsrechts in die GmbH-Satzung entbehrlich sei, weil die von ihm vorgeschlagene Lösung völlig ausreiche, a.a.O. § 8 Rn. 42. Dies macht die Rechtslage allerdings unnötig kompliziert, da dem GmbH-Gesellschafter unstreitig jedenfalls ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)bb), S. 53.

¹⁹⁵⁰ Vgl. *Brönner/Rux/Wagner* Rn. 594; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 108; *Münchener Vertragshandbuch I-Riegger*, III.7, § 7 II; III.10, § 18 II; *Hopt-Volhard*, Form II.E.2., § 9 VI. Einen Sonderfall nimmt freilich die Übertragung auf die Gesellschaft ein, die nur für die GmbH möglich ist, vgl. oben Fn. 1425.

¹⁹⁵¹ *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 8.

3. Maßnahmen der Mitgesellschafter: Ausschließung eines Gesellschafters

a) Grundsätzliche Rechtslage

Sowohl im KG-Recht über die Bestimmungen der §§ 161 II, 140 iVm. 133 HGB als auch im GmbH-Recht besteht eine – nur im Text des GmbHG nicht ausdrücklich geregelte – gesetzliche¹⁹⁵² Möglichkeit zur Ausschließung eines Gesellschafters.¹⁹⁵³ Es wird dabei für die KG¹⁹⁵⁴ und die GmbH¹⁹⁵⁵ nach der hier vertretenen Auffassung von der allgemein anerkannten Möglichkeit der Abbedingung des grundsätzlich vorgeschriebenen Klageverfahrens Gebrauch gemacht und die Ausschließung per Gesellschafterbeschluss anstelle Gestaltungsklage zugelassen.

b) Schicksal der GmbH-Mitgliedschaftsrechte nach der Ausschließung¹⁹⁵⁶

Auch an die Ausschließung des Gesellschafters aus der GmbH schließt sich – wie im Falle des Austritts aus der GmbH¹⁹⁵⁷ – die Verwertung des Geschäftsanteils durch Einziehung oder Abtretung desselben an.¹⁹⁵⁸

Es stellt sich daher auch hier grundsätzlich die Frage, wie es um die Mitgliedschaftsrechte ab dem Zeitpunkt der Ausschließung bestellt ist. Im Gegensatz zum Austritt ist hierfür allerdings nicht die Zeitspanne zwischen Ausschließung und Verwertung des Geschäftsanteils relevant, denn es handelt sich nicht um ein zweistufiges Verfahren wie im Falle des Austritts.¹⁹⁵⁹ Vielmehr kann die Gesellschafterstellung eben gerade durch die personenbezogene Ausschließung beendet werden. Diese lässt allerdings das Schicksal des Geschäftsanteils unberührt, was die Einziehung oder Abtretung zur Folge hat.¹⁹⁶⁰ Dies wird jedoch regelmäßig – als Besonderheit der Ausschließung – nur dann relevant, wenn die Ausschließung im Wege der Ausschlussklage erfolgt, da sich nur dann notwendig eine zeitliche Diskrepanz zumindest zwischen der Verkündung des Ausschließungsurteils als Gestaltungsurteil und dessen Rechtskraft ergibt.¹⁹⁶¹ Da jedoch – wie in den Gesellschaftsverträgen generell üblich – eine Abbedingung zugunsten eines rechtsgestaltenden Gesellschafterbeschlusses die Regel ist, ergeben sich hier regelmäßig keine Unterschiede Zwangseinziehung oder -abtretung. Denn für diese Fälle wird eine Vertragsgestaltung gewählt, die die Gesellschafterversammlung dazu ermächtigt, in einem Beschluss sowohl die Ausschließung als auch die Einziehung bzw. Abtretung zu beschließen, indem etwa die Einziehung für den Fall vorgesehen wird, dass ein wichtiger Grund gegeben ist, der den Ausschluss des Gesellschafters rechtfertigen würde.¹⁹⁶² Es kann daher auf die Behandlung der Problematik im Zusammenhang mit der Pfändung verwiesen werden.¹⁹⁶³

¹⁹⁵² Gesetz im materiellen Sinne ist jede Rechtsnorm, *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.2., Fn. 120, vgl. auch Art. 2 EGBGB.

¹⁹⁵³ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.2.

¹⁹⁵⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133 sowie 2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146.

¹⁹⁵⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133.

¹⁹⁵⁶ Vgl. zur KG bereits oben 2. Kapitel: V.1.c)dd), S. 149.

¹⁹⁵⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)cc), S. 54.

¹⁹⁵⁸ Vgl. nur *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 10; *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 39.

¹⁹⁵⁹ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)cc), S. 54.

¹⁹⁶⁰ Im Gegensatz dazu ist die Einziehung anteilsbezogen, vgl. bereits oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133 insbesondere Fn. 1310 und 1311.

¹⁹⁶¹ Es müssen auch hier wie schon im Falle der Einziehung zwei Fragen auseinander gehalten werden: Zum einen die Problematik, welcher Zusammenhang zwischen Ausschlussfolge und Abfindungszahlung besteht, mit anderen Worten, ob erstere durch die Zahlung der Abfindung aufschiebend zu bedingen ist, zum anderen die daran anschließende Frage, wie es um die Gesellschafterrechte während der Schwebezeit bestellt ist, vgl. schon oben Fn. 1283, hierzu ausführlich BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 174 ff.; Urteil vom 17.2.1955, BGHZ 16, 317, 325; Urteil vom 26.10.1983, BGHZ 88, 320, 324; OLG Hamm, Urteil vom 6.5.1992, GmbHR 1992, 757, 758; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.10.1998, GmbHR 1999, 543, 547; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 12 ff.; *Sudhoff-Jäger*, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 63 ff.; *MünchHandbuchGmbH-Kort*, § 29 Rn. 45 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rn. 30 ff.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann*, § 34 Rn. 123 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 35 IV.2.c); *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 30 ff., 36 ff.; *Souffleros*, Ausschließung, S. 100 ff.; *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 34 Rn. 32 ff.; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 142 a ff. mit jeweils weiteren Nachweisen. Der Streit läuft weitgehend parallel zur Einziehung, *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 30, vgl. daher oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113.

Zu beachten ist dabei hinsichtlich der Verwertung des Geschäftsanteils durch Einziehung, dass das Zustimmungserfordernis des § 34 II GmbHG für den Fall der Ausschließung aus wichtigem Grund hinfällig ist. Der Ausschluss des Gesellschafters macht notwendig auch dessen Zustimmung überflüssig, da er spätestens mit Zahlung der Abfindung den Geschäftsanteil endgültig verloren hat und ihn daher die weitere Verwertung des Geschäftsanteils nichts mehr angeht. Jedenfalls das Verfügungsrecht steht nunmehr eben der Gesellschaft zu, vgl. oben Fn. 1311. Dies ist auch die Begründung dafür, dass die grundsätzlich erhöhten Anforderungen an die satzungsmäßige Grundlage im Falle der Zwangseinziehung nach § 34 II GmbHG entbehrlich sind, da diese letztlich nur Ersatz für die ansonsten erforderliche Zustimmung sind und diese bei Vorliegen der Voraussetzungen vorwegnehmen, vgl. *Souffleros*, Ausschließung, S. 133. Nach überwiegender Meinung ist die Einziehung zudem auch dann zulässig, wenn sie nicht einmal in der Satzung vorgesehen ist, BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131; *Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich*, Anh. § 34 Rn. 10; *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 40; *Scholz-Winter*, § 15 Rn. 149; vgl. auch BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 168; a. A. diesbezüglich wohl *Souffleros*, Ausschließung, S. 133. Vgl. auch schon zum Austritt oben 2. Kapitel: IV.1.c)cc), S. 54. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist allerdings eine Regelung – wie schon für den Austritt – in die Satzung aufzunehmen.

¹⁹⁶² Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 19.9.1977, GmbHR 1978, 131, 131 f.; *Münchener Vertragshandbuch I-Heidenhain/Meister*, IV.19, § 14 II lit. c); IV.20., § 21 II lit. c) i.V.m. § 24; *Sudhoff-Reichert*, GmbH & Co. KG, § 68 – Satzung der Komplementär-GmbH, § 16 I lit. d) i.V.m. IV; *Reichert*, Der GmbH-Vertrag, § 13 Abs. 2 Alternative 1 lit. c) i.V.m. Abs. 5; *Volhard*, GmbHR 1995, 617. Vgl. auch schon oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133.

¹⁹⁶³ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(cc), S. 117 und 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d), S. 118 für die Einziehung bzw. 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(g), S. 132 für die Abtretung. Zur eventuell parallel erforderlichen Gestaltung des KG – Vertrages oben 2. Kapitel: V.1.c)dd), S. 149.

Sollten allerdings Ausschließungsbeschluss und Einziehungs- oder Abtretungsbeschluss nicht derart miteinander verwoben sein,¹⁹⁶⁴ so stellt sich auch hier die Frage, welches Schicksal den Mitgliedschaftsrechten zuteil wird. Auch dies ist letztlich davon abhängig, wann die Rechtsfolgen des Ausschließungsbeschlusses greifen. Geht man mit der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur davon aus, dass bereits der wirksame Ausschließungsbeschluss dazu führt, dass der Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliert,¹⁹⁶⁵ so erübrigt sich eine weitere Prüfung. Geht man davon aus, dass der Ausschließungsbeschluss unter der aufschiebenden Bedingung der Abfindungszahlung steht,¹⁹⁶⁶ wie dies auch für den Einziehungsbeschluss angenommen wurde,¹⁹⁶⁷ so schließt sich zum einen die Frage nach einem Ruhen der Mitgliedschaftsrechte während der Schwebezeit an. Diese Frage wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht behandelt, kann aber aufgrund der vergleichbaren Interessenlage nicht anders als im Falle der Einziehung beantwortet werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher jedenfalls ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte ab dem Ausschließungsbeschluss angeordnet werden.¹⁹⁶⁸ Seit dem Urteil des BGH vom 30.6.2003 ist aber ohnehin von der Möglichkeit auszugehen, den Zeitpunkt des Ausscheidens festzulegen. Selbst wenn man also entgegen der vom BGH und hier vertretenen Meinung eine aufschiebende Bedingung annehmen wollte, so käme man für die Praxis nicht umhin, wenigstens die Möglichkeit der Festlegung des Zeitpunkts des Verlustes der Gesellschafterstellung zu akzeptieren.¹⁹⁶⁹ In Anbetracht der Probleme, die durch einen eigenständigen Ausschließungsbeschluss geschaffen werden, sollte allerdings ohnehin mit der hier vertretenen Meinung die oben angesprochene Verflechtung von Ausschließung und Einziehung oder Abtretung im Rahmen der Einziehungs- und Abtretungsklausel gewählt werden, da auf andere Weise der Gesellschaftsvertrag nur unnötig verkompliziert wird.¹⁹⁷⁰

c) Verzahnung der Gesellschaftsverträge

aa) Vorüberlegungen

Es gilt nun den in beiden Gesellschaften über die Möglichkeit der Ausschließung geschaffenen potentiellen Gleichlauf zu einem solchen auch in tatsächlicher Hinsicht weiterzuentwickeln. Dies würde eigentlich erfordern, in die Gesellschaftsverträge Regelungen aufzunehmen, nach denen die Ausschließung aus der einen Gesellschaft nur dann wirksam erfolgen kann, wenn gleichzeitig auch die Ausschließung aus der jeweils anderen Gesellschaft beschlossen wird.¹⁹⁷¹ Die Zulässigkeit einer entsprechenden Bestimmung ist allerdings fraglich, nachdem zwar der Ausschluss eines Gesellschafters sowohl aus der KG als auch aus der GmbH grundsätzlich einen wichtigen Grund voraussetzt, die Einordnung eines bestimmten Verhaltens als wichtiger Grund jedoch in beiden Gesellschaften nicht notwendig parallel verlaufen muss. Dies liegt an der grundsätzlich unterschiedlichen Gesellschaftsstruktur. So basiert die GmbH im Gegensatz zur Personengesellschaft meist weniger auf einem unmittelbaren persönlichen Zusammenwirken der Gesellschafter und einem daraus resultierenden Vertrauensverhältnis.¹⁹⁷² Es gilt hier jedoch die Besonderheit zu beachten, dass Gegenstand der Arbeit eine so genannte echte GmbH & Co. KG ist. Auch die GmbH ist somit personalistisch und daher auf die Mitarbeit aller Gesellschafter angelegt, was notwendig auch zu weitgehenden Wertungsübereinstimmungen führen muss.¹⁹⁷³ Die Bindung der Ausschließung aus der einen Gesellschaft an diejenige aus der jeweils anderen Gesellschaft ist daher gut vertretbar.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass jedenfalls der Ausschluss aus der einen Gesellschaft auch ein wichtiger Grund ist, der die Ausschließung aus der anderen Gesellschaft rechtfertigt, so dass die notwendige Verzahnung auch auf diese Weise hergestellt ist. Nach der hier bevorzugten Kombination aus Einziehung bzw. Abtretung und Ausschließung, wobei erstere für den Fall zugelassen wird, dass ein wichtiger, die Ausschließung rechtfertigender Grund gegeben ist,¹⁹⁷⁴ ist auch das Verwertungsproblem bereits gelöst.

bb) Klauselformulierung

Die Bestimmungen zur Einziehung und Ausschließung (jeweils § 16) müssen daher in ihrem Absatz 1 wie folgt ergänzt werden:

¹⁹⁶⁴ Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25.1.1960, BGHZ 32, 17, 23.

¹⁹⁶⁵ BGH, Urteil vom 25.1.1960, BGHZ 32, 17, 23, weitere Nachweise oben Fn. 1112; *Goette*, GmbH, § 5 Rn. 87; *Schmidt-Diemitz*, RWS-Forum, S. 79, 102 f.

¹⁹⁶⁶ Soweit ersichtlich findet diese Frage kaum Beachtung: *Michalski-Sosnitza*, Anh. § 34 Rn. 42 hat sich – jedoch ohne Begründung – im Sinne einer aufschiebenden Bedingung entschieden. Ablehnend dagegen *Goette*, GmbH, § 5 Rn. 87; ders., in FS Lutter, 399, 403.

¹⁹⁶⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(c)(bb), S. 113.

¹⁹⁶⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(aa), S. 118. Dies würde eine entsprechende Anordnung auch für den KG-Vertrag erfordern, um den Gleichlauf in beiden Gesellschaften zu sichern, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.c)dd)(1), S. 149.

¹⁹⁶⁹ DB 2003, 2058, vgl. oben zur Einziehung ausführlich 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(d)(bb), S. 119.

¹⁹⁷⁰ Vgl. oben Fn. 1962.

¹⁹⁷¹ Vgl. *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 20.

¹⁹⁷² *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 18; vgl. schon oben Fn. 513.

¹⁹⁷³ *Hachenburg-Ulmer*, Ahn. § 34 Rn. 9; vgl. zur Terminologie oben 1. Kapitel: IV.1, S. 5.

¹⁹⁷⁴ Vgl. oben Fn. 1962.

Für den GmbH-Vertrag:

§ 16

Einziehung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung die Einziehung eines Geschäftsanteils oder eines Teils eines Geschäftsanteils beschließen, wenn
- a) ...
 - b) ...
 - c) ...
 - d) ...
 - e) *in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt und gleichzeitig der Ausschluss aus der KG erfolgt*
 - f) ...
 - g) ...
 - h) ...

Für den KG-Vertrag

§ 16

Ausschließung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung den Ausschluss eines Gesellschafters beschließen, wenn
- a) ...
 - b) ...
 - c) ...
 - d) ...
 - e) *in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt und gleichzeitig die Einziehung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH erfolgt*
 - f) ...
 - g) ...
 - h) ...

4. Maßnahmen der Gesellschafter im Hinblick auf den Bestand der Gesellschaft

a) Problematik der Auflösung der Komplementär-GmbH durch Mehrheitsbeschluss

Es besteht insoweit zwar kein Harmonisierungsbedarf, weil sowohl die GmbH nach § 60 I Nr. 2 GmbHG als auch die KG §§ 161 II, 131 I Nr. 2, 119 aufgelöst werden können und dies aufgrund der Angleichung der Beschlussfassung in der KG an diejenige der GmbH¹⁹⁷⁵ auch mit gleicher Mehrheit. Andererseits gibt es gerade keine Gesamtauflösung, sondern es muss sowohl im Hinblick auf die Auflösungsgründe als auch hinsichtlich der Abwicklung als solcher zwischen der Komplementär-GmbH und der KG unterschieden werden.¹⁹⁷⁶ Dass beide Gesellschaften durch Beschluss aufgelöst werden können, führt grundsätzlich nicht zwangsläufig dazu, dass auch beide Gesellschaften aufgelöst werden.¹⁹⁷⁷

Es stellt sich daher die Frage, welche Auswirkungen die Auflösung der GmbH auf die KG hat, da die hier zu behandelnde echte GmbH & Co. KG¹⁹⁷⁸ gerade dadurch geprägt ist, dass die GmbH alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der KG ist. Es muss dabei danach differenziert werden, ob die GmbH vollbeendet oder nur aufgelöst ist, da die Rechtslage der aufgelösten Gesellschaft grundsätzlich von der Vollbeendigung der Gesellschaft abzugrenzen ist. Die Auflösung hat nicht automatisch die Vollbeendigung zur Folge, da die Gesellschaft mit der Auflösung nur in das Liquidationsstadium eintritt.¹⁹⁷⁹ Jedenfalls der mit der Vollbeendigung einhergehende Wegfall der GmbH kann nicht ohne Auswirkungen auch auf die KG sein. Darüber hinaus muss auch die umgekehrte Frage nach den Auswirkungen einer Auflösung der KG auf die Komplementär-GmbH untersucht werden.

¹⁹⁷⁵ Vgl. oben **2. Kapitel: I.3.a)bb)(2), S. 21.**

¹⁹⁷⁶ Michalski-Nerlich, § 50 Rn. 378; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 85; Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 104; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 113.

¹⁹⁷⁷ Vgl. aber zum Fall der Auflösung der KG durch Beschluss im Hinblick auf die Auflösung auch der GmbH unten **3. Kapitel: I.4.b), S. 218.**

¹⁹⁷⁸ Vgl. zur Terminologie oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5.**

¹⁹⁷⁹ Vgl. Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 381; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 5. Nur im Fall von § 60 I Nr. 7 GmbHG i.V.m. § 141 a FGG tritt grundsätzlich (vgl. § 66 V GmbHG) ein liquidationsloses Erlöschen ein, Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 5 i.V.m. Rn. 57; vgl. zu § 60 I Nr. 7 GmbHG genauer unten Fn. **2001.** Damit ist die GmbH – jedenfalls bei tatsächlicher Vermögenslosigkeit – vollbeendet, Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 13; vgl. zur Frage, wann die GmbH vollbeendet ist, sogleich unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(1), S. 205.**

aa) Auflösung der KG bei Vollbeendigung der Komplementär-GmbH

(1) Vollbeendigung der Komplementär-GmbH

(a) Früher herrschende Meinung: Vermögenslosigkeit als maßgebliches Kriterium

Vor allem von der älteren Rechtsprechung wurde vertreten, dass für die Vollbeendigung allein der Eintritt der Vermögenslosigkeit¹⁹⁸⁰ als Folge der Abwicklung ausreichend sei, so dass der Eintragung der Löschung der Gesellschaft allein deklaratorische Bedeutung zukomme. Umgekehrt bestehe die Gesellschaft auch trotz Löschung fort, wenn noch Vermögen vorhanden ist, so dass der Löschung nur der Charakter einer widerleglichen Vermutung im Hinblick auf den Untergang der Gesellschaft infolge Vermögenslosigkeit beizumessen sei.¹⁹⁸¹ Gestützt wurde die Argumentation hauptsächlich auf § 273 IV AktG analog¹⁹⁸² bzw. § 2 III LösSchG,¹⁹⁸³ je nach dem, ob der Löschung der Gesellschaft eine Liquidation vorausgegangen war oder nicht.

Die Annahme eines lediglich deklaratorischen Charakters der Eintragung führt allerdings zu erheblichen praktischen Problemen, da dies zu unbestimmt ist, zumal der Eintritt der Vermögenslosigkeit schwer zu bestimmen sein kann, so dass ein Abstellen darauf als einziges Kriterium gegen das Gebot der Rechtssicherheit und –klarheit verstößt.¹⁹⁸⁴ Dies würde den Rechtsverkehr vor unlösbare Probleme stellen, da die Tatsache der Eintra-

¹⁹⁸⁰ Vermögenslosigkeit ist dann gegeben, wenn nach kaufmännisch – wirtschaftlicher Betrachtungsweise überhaupt keine Zugriffs- und Verteilungsmasse für die Gläubiger zur Verfügung steht, BayObLG, Beschluss vom 18.6.1982, BB 1982, 1590; Beschluss vom 10.2.1999, GmbHR 1999, 414; OLG Frankfurt, Beschluss vom 7.8.1992, GmbHR 1992, 618, 619; OLG Hamm, Beschluss vom 12.11.1992, GmbHR 1993, 295, 298; Kögel, GmbHR 2003, 460, 461 f.; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 283; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 56; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 49, § 74 Rn. 12; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, Anh. § 77 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 15. Zum Vermögen gehören alle durchsetzbaren Forderungen, auch die gegen die Gesellschafter, wenn sie durchsetzbar und die Schuldner zahlungsfähig sind, OLG Hamm, Beschluss vom 12.11.1992, GmbHR 1993, 295, 298; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 285; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 49; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, Anh. § 77 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 17. Aktivprozesse der Gesellschaft, die vermögensrechtlicher Art sind, indizieren zumindest, dass die Gesellschaft noch über Vermögen verfügt, BayObLG, Beschluss vom 10.11.1994, GmbHR 1995, 530, 531; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 286; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 49; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 17. Richtigerweise weist auch ein Passivprozess darauf hin, dass noch zugriffsfähiges Vermögen vorhanden ist, Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 286; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 49; enger und auf den Einzelfall abstellend dagegen Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 17; nach BayObLG, Beschluss vom 12.1.1995, GmbHR 1995, 531, steht ein Passivprozess einer Löschung wegen Vermögenslosigkeit nicht entgegen, es sind allerdings eingehende Ermittlungen geboten, ob nicht Vermögenswerte vorhanden sind, auf die Gläubiger zurückgreifen können. Nicht zu berücksichtigen sind nicht einlösbar Werte wie Verlustvorträge, nicht verwertbare Schutzrechte, Firmennamen, nicht realisierbare oder nur in den Vorstellungen der Gesellschafter existierende Forderungen, Kögel, GmbHR 2003, 460, 461; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 287 f.; Scholz-Karsten Schmidt, Rn. 49; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 16, 18.

Der entscheidende Grad der Vermögenslosigkeit wird allerdings nicht einheitlich beurteilt. So wird teils schon bei einem „verschwindend geringen“ Vermögen die Vermögenslosigkeit verneint (so OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.12.1982, BB 1983, 420; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.11.1996, GmbHR 1997, 131, 132; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.8.1999, GmbHR 1999, 1100, 1101; Keidel/Kuntze/Winkler-Winkler, § 141 a Rn. 9), teils ein geringfügiges Gesellschaftsvermögen verlangt, das gerade nicht verschwindend gering ist, Lutter/Hommelhoff, § 60 Rn. 16; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 49; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, Anh. § 77 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 15; wohl auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.10.1993, GmbHR 1994, 483 – „geringe Vermögenswerte“. Konkrete Zahlen werden allerdings nicht genannt. Die Rechtsprechung hat jedenfalls einen Betrag in Höhe von 3203, 57 DM als ausreichend gesehen, vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.10.1993, GmbHR 1994, 483. Dagegen soll ein ohne jegliche Erklärung vorgelegter Bankauszug über ein Habensaldo von 500 DM nicht genügen, OLG Köln, Beschluss vom 9.2.1994, GmbHR 1994, 477. Kögel will die Grenze bei 500 € ansiedeln, GmbHR 2003, 460, 461.

¹⁹⁸¹ Vgl. Reichsgericht, Urteil vom 6.11.1925, RGZ 109, 387, 391; Urteil vom 26.10.1931, RGZ 134, 91, 94; Urteil vom 12.11.1935, RGZ 149, 293, 296; Urteil vom 27.4.1937, RGZ 155, 42, 44; Urteil vom 12.10.1937, RGZ 156, 23, 26; BGH, Urteil vom 4.6.1957, LM Nr. 1 zu § 74 GmbHG; BGH, Urteil vom 29.9.1967, BGHZ 48, 303, 307; Beschluss vom 23.2.1970, BGHZ 53, 264, 266; Urteil vom 21.10.1985 – II ZR 82/85, NJW-RR 1986, 394 (zur Genossenschaft) lässt die Frage offen; Urteil vom 9.12.1987, NJW-RR 1988, 477, 478; Urteil vom 11.9.2000, NJW 2001, 304, 305 unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung; BayObLG, Beschluss vom 4.10.1955, BayObLGZ 1955, 288, 291; Beschluss vom 2.2.1984, ZIP 1984, 450, 451; Beschluss vom 23.9.1993, GmbHR 1993, 821, 822; Beschluss vom 14.8.2002, DB 2003, 267; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.12.1968, NJW 1969, 1493; wohl auch KG, Urteil vom 8.2.1991, NJW-RR 1991, 933; OLG Hamm, Beschluss vom 26.11.1986, Rpfleger 1987, 251; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.7.1979, GmbHR 1979, 227, 228; offengelassen dagegen durch OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.9.1987, DB 1988, 543; aus der Literatur Bokelmann, NJW 1977, 1130, 1131; Däubler, GmbHR 1964, 246, 247; Hofmann, GmbHR 1976, 258, 267; Hachenburg-Hohner, 7. Auflage, § 74 Rn. 25; Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 74 Rn. 5; differenzierend Winnefeld, BB 1975, 70, 72: Die Eintragung der Löschung habe lediglich deklaratorischen Charakter, falls in Ermangelung eines zur Wiederaufnahme des Betriebes ausreichenden Vermögens keine wirtschaftliche Bedeutung mehr gegeben sei und aus dem Verhalten der Leitungsorgane zu entnehmen sei, dass der Geschäftsbetrieb auf Dauer eingestellt werde. Ansonsten sei die Löschung konstitutiv.

¹⁹⁸² Vgl. Hachenburg-Hohner (7. Auflage), § 74 Rn. 25: Da nach dieser Bestimmung eine Fortsetzung der Abwicklung auch nach Löschung der Gesellschaft zu erfolgen hat, soweit weitere Abwicklungsmaßnahmen notwendig sind, setze dies notwendig voraus, dass die Gesellschaft vorher gerade noch nicht vollständig vernichtet war. Vgl. auch Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 74 Rn. 5. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachverhalte werden die hinter § 273 AktG stehenden Rechtsgedanken, insbesondere, soweit es um die Frage der Nachtragsliquidation geht, auch auf das Recht der GmbH angewandt, BGH, Beschluss vom 23.2.1970, BGHZ 53, 264, 266 f.; Michalski-Nerlich, § 74 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 74 Rn. 1. Eine Neufassung des GmbHG nach § 225 IV RegE GmbHG 1971/73, BT-Drucks. 6/3088, S. 61 f. = 7/253, S. 61 f., der § 273 IV AktG nachgebildet war, konnte sich nicht durchsetzen, vgl. Michalski-Nerlich, § 74 Rn. 1; vgl. zum Schicksal des RegE bereits oben Fn. 1023.

Vgl. nunmehr auch BGH, Urteil vom 2.6.2003, NJW 2003, 2676, 2677: Bei einer Publikums-KG ist die Durchführung einer Nachtragsliquidation davon abhängig, dass in entsprechender Anwendung von § 273 IV AktG ein Nachtragsliquidator gerichtlich bestellt wird (Leitsatz).

¹⁹⁸³ BGH, Urteil vom 29.9.1967, BGHZ 48, 303, 307. Das vom 9.10.1934 stammende Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften – RGBl. I 1934, S. 914 – wurde durch das am 18.10.1994 im Bundesgesetzblatt verkündete Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 2911) in dessen Art. 2 Nr. 9 mit Wirkung zum 1.1.1999 (In-Krafttreten von InsO und EGIInsO nach Art. 110 I EGIInsO) aufgehoben und zum Teil ersetzt durch die Neufassung des § 60 I Nr. 4 – 7 GmbHG (Art. 48 Nr. 5 EGIInsO), durch Anfügung des § 66 V GmbHG (Art. 48 Nr. 9 EGIInsO) und durch den neuen § 141 a FGG (Art. 23 Nr. 1 EGIInsO), Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, Anh. nach § 60 Rn. 2. Die Regelung des § 66 V GmbHG wurde im Hinblick auf § 2 III LösSchG notwendig, Michalski-Nerlich, § 66 Rn. 86.

¹⁹⁸⁴ Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 9; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 53; Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 14.

gung im Handelsregister den Rechtsverkehr nicht von der Pflicht entbinden würde, im Einzelfall zu prüfen, ob die Gesellschaft, unabhängig von der Löschung, aufgrund Vermögenslosigkeit erloschen ist.¹⁹⁸⁵ Eine lediglich deklaratorische Bedeutung der Eintragung wird zudem der Tatsache nicht gerecht, dass auch die Entstehung der Gesellschaft konstitutiv die Eintragung ins Handelsregister voraussetzt (§ 11 I GmbHG), womit sich ein Erlöschen außerhalb der Registerpublizität, die vor allem auch der Rechtssicherheit dienen soll, nicht verträgt.¹⁹⁸⁶ Wegen des geltenden Eintragungsprinzips kann daher ein automatisches Erlöschen mit Eintritt der Vermögenslosigkeit nicht hingenommen werden. Zudem zeigt der Handel mit GmbH-Mänteln die Praxisferne der Gegenauffassung.¹⁹⁸⁷ Die gegenteilige Auffassung vor allem der Rechtsprechung wird wohl nur vor dem Hintergrund verständlich, dass die Bestimmungen der §§ 74 I 2 GmbHG sowie 141 a FGG (früher § 2 I LösSchG), die als Ende der Gesellschaft formal die Löschung sehen, erst durch Art 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Durchführung der Elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften und über Gebäudeversicherungsverhältnisse vom 22.7.1993¹⁹⁸⁸ bzw. Art. 23 Nr. 1 EGInsO¹⁹⁸⁹ eingeführt wurden und vorher die nach der herrschenden Meinung einschlägige Bestimmung des § 31 II HGB¹⁹⁹⁰ für eine deklaratorische Wirkung der Eintragung sprach.¹⁹⁹¹

(b) Konstitutive Wirkung der Löschungseintragung

(aa) Löschungstheorie

Die Ablehnung der oben erläuterten Ansicht impliziert jedoch nur, dass die Eintragung nicht lediglich deklaratorisch ist. Zu weitgehend ist dagegen die Folgerung, es sei allein auf die Löschung abzustellen und dieser als *actus contrarius* zur Eintragung der Gründung die beendigende Wirkung beizumessen.¹⁹⁹²

Diese Lösung ist schon deshalb abzulehnen, weil die Gesellschaft mit der Löschung die Rechtsfähigkeit verlieren würde und es daher extreme Probleme gäbe, wenn sich nach der Löschung doch noch liquidationsfähiges Vermögen findet, da die Gesellschaft aufgrund der konstitutiven Wirkung auch für den Fall der unberechtigten Löschung beendet wäre.¹⁹⁹³ Diese Lösung verträgt sich schlecht mit der Bestimmung des § 66 V GmbHG.¹⁹⁹⁴ Die von dieser Auffassung hierfür vertretenen Lösungen können keinesfalls befriedigen:

Es kann nicht eine auf dem Gründungsvertrag der Kapitalgesellschaft beruhende Gesamthand der Gesellschafter als Nachgesellschaft mit dem vormaligen Vermögen der GmbH als Sondervermögen konstruiert werden, die die Rechte, Pflichten und Prozesse der GmbH als deren Rechtsnachfolgerin fortführt und nach den für die GmbH geltenden Grundsätzen liquidiert wird.¹⁹⁹⁵ Es lässt sich nicht erklären, wie sich der Vermögensübergang auf die Gesamthand vollzieht und wie sich eine auf das Sondervermögen beschränkte Haftung der Gesellschafter erklärt.¹⁹⁹⁶

¹⁹⁸⁵ Bork JZ 1991, 841, 842.

¹⁹⁸⁶ Bork JZ 1991, 841, 842; mit der Registerpublizität wäre es unvereinbar, wenn zwischen Gesellschaftern und Dritten streitig sein könnte, ob die Gesellschaft zu irgendeinem Zeitpunkt der Vergangenheit bestanden hat oder nicht. Das Handelsregister würde dadurch über Maß entwertet, Karsten Schmidt, GmbHR 1988, 209, 210.

¹⁹⁸⁷ Hönn, ZHR 138 (1974), 50, 69; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 53; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 35. Vgl. zur Problematik der Mantel – GmbH bereits Fn. 2124.

¹⁹⁸⁸ BGBl. I, S. 1282.

¹⁹⁸⁹ Vgl. oben Fn. 1983.

¹⁹⁹⁰ Die h. M. ließ es daher bei der Eintragung bewenden: „Die Firma ist erloschen“, vgl. Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 6, wobei die Praxis bereits vor Einführung des § 74 I 2 GmbHG von einer Löschung der GmbH sprach, vgl. BGH, Beschluss vom 23.2.1970, BGHZ 53, 264, 266; dem trägt § 74 I 2 GmbHG Rechnung. Gegen eine Anwendung von § 31 II HGB zugunsten einer Analogie zu § 273 I 2 AktG dagegen schon Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 14 sowie Hüffer, in Gedächtnisschrift Schultz, S. 99, 111, vgl. auch unten Fn. 1992.

¹⁹⁹¹ Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 10; vgl. zu § 31 II HGB auch Roth/Altmeyden-Altmeppen, § 60 Rn. 5.

¹⁹⁹² So aber Buchner, Amtslöschung, S. 113; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 18 i.V.m. Anh. § 60 Rn. 35 im Anschluss an Hüffer, in Gedächtnisschrift Schultz, S. 99, 105; Er sieht in einer anderen Auffassung letztlich einen Verstoß gegen die, dem System der Normativbestimmungen entnommene, Vorstellung, dass es bei rechtsfähigen Handelsgesellschaften keine selbständige Rechtsperson außerhalb des Handelsregisters gibt. (Vgl. zu den Normativbestimmungen Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 8 II.5. sowie § 34 II.2.); Heller, S. 54 ff., 84; Hönn, ZHR 138 (1974), 50, 69, 79; Lindacher, in FS Henckel, S. 549, 553 ff.; Hubert Schmidt, Vollbeendigung, S. 136; entgegen Scholz-Karsten Schmidt § 74 Rn. 13 Fn. 40 allerdings nicht Schlegelberger/Quassowski, AktG § 214 Rn. 9, 10, da diese bei dennoch vorhandenem Vermögen von einer Fortdauer der Rechtspersönlichkeit ausgehen; nach dem Einzelfall differenzierend dagegen Gordin/Wilhelmi, § 273 Anm. 3.d).

¹⁹⁹³ Vgl. Hüffer, in Gedächtnisschrift Schultz, S. 99, 105.

¹⁹⁹⁴ Karsten Schmidt, GmbHR 1988, 209, 210 zu § 2 III LösSchG (vgl. hierzu oben Fn. 1983).

¹⁹⁹⁵ So aber Hüffer, in FS Schultz, S. 99, 107 ff.; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 118, Anh. § 60 Rn. 37 (in der Vorauffage ging er noch davon aus, das Gesellschaftsvermögen setze sich als ein verfügungsberechtigt von der Person des Gesellschafters getrenntes Sondervermögen fort, das von den gerichtlich bestellten, nicht weisungsgebundenen Liquidatoren abzuwickeln sei, Hachenburg-Ulmer, 7. Auflage, Anh. § 60 Rn. 35; vgl. zur Kritik an dieser Auffassung Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 56). Bei nur einem Gesellschafter komme es zur Umwandlung in ein Sondervermögen des Einmangengeschafters, Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 37.

¹⁹⁹⁶ So wurde zwar insoweit auf eine Umwandlung der GmbH in eine Gesamthand entsprechend §§ 5, 24 UmwG a. F. [vgl. hierzu das Umwandlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 6.11.1969, BGBl. I, S. 2081 ff., abgedruckt mit allen Änderungen einschließlich der Änderungen durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985 (BGBl. I, S. 2355) und kommentiert in Dehmer, Umwandlungsrecht, S. 123 ff.] abgestellt. Dem steht jedoch schon entgegen, dass der Übergang auch der Pflichten bei §§ 5, 24 UmwG a. F. auf einen entsprechenden Willen der Gesellschafter zurückzuführen ist, die die Umwandlung beschlossen haben. Selbst wenn man die Löschung im Falle der Auflösung nach § 60 I Nr. 2 GmbHG als willentlich einordnet, so könnte doch ein weitergehender Wille, notfalls die Rechtsnachfolge in die Schuldnerstellung der GmbH anzutreten, hier nur dann angenommen werden, wenn die Gesellschafter bereits im Gründungsvertrag zum Ausdruck gebracht haben, für den Fall der Löschung der GmbH deren Schulden, beschränkt auf das noch vorhandene GmbH-Vermögen, gesamthänderisch zu übernehmen. Dies wird jedoch schwerlich möglich sein, zumal sich die Gesellschafter gerade zur Vermeidung einer persönlichen Haftung für die Gesellschaftsform der GmbH entschieden haben, Bork, JZ 1991, 841, 844; Michalski-

Es kann insoweit auch nicht der Fiktionstheorie gefolgt werden, die an die Stelle der erloschenen GmbH eine fingierte, dem Zweck der Rechtsträgerschaft sowie der Abwicklung dieser Rechte dienende atypische Kapitalgesellschaft treten lässt.¹⁹⁹⁷ Sie kann nicht weiterhelfen, da über eine Fiktion keine Gleichstellung mit einem realen Rechtsträger erreicht werden kann, so dass sie sich insbesondere dann als unbrauchbar erweist, wenn Streitigkeiten gerichtlich ausgetragen werden, da man mit einer Fiktion nicht prozessieren kann.¹⁹⁹⁸

Schließlich wird auch vertreten, es komme durch die Löschung der GmbH im Handelsregister nur zu einer teilweisen Beendigung der GmbH, die somit als Rechtssubjekt teilweise weiter existiere. Diese Nachgesellschaft im Sinne einer Nach-GmbH sei entsprechend § 49 II BGB teilrechtsfähig, soweit dies für die Zwecke der Abwicklung erforderlich ist.¹⁹⁹⁹ Doch kann auch dies die Problematik nicht entschärfen, da der Teilrechtsfähigkeit letztlich nur die Bedeutung zukommt, dass die GmbH nur noch wenige Aufgaben hat, so dass die Differenzierung wenig Sinn macht.²⁰⁰⁰

(bb) Beschränkt konstitutive Wirkung: Lehre vom Doppeltatbestand der Beendigung

Die vorstehende Diskussion hat gezeigt, dass weder das Abstellen auf die Vermögenslosigkeit noch auf die Löschung allein zur Vollbeendigung der Gesellschaft führen können, so dass die Lösung in einer Kombination aus beiden Elementen zu suchen ist. Vollbeendigung kann daher nach nunmehr h.M. nur dann eintreten, wenn das Gesellschaftsvermögen vollständig verteilt ist und das Erlöschen (vgl. § 74 I 2 GmbHG, § 141 a FGG) eingetragen ist. Allein die Löschung der GmbH im Handelsregister bewirkt die Vollbeendigung nicht, sofern noch ein verteilungsfähiges Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.²⁰⁰¹ Allein diese Auffassung trägt den gegen die anderen Auffassungen entgegengehaltenen Argumenten Rechnung.

Der Gesetzgeber selbst hat die Lehre vom Doppeltatbestand in dem neuen § 66 V GmbHG übernommen.²⁰⁰² Die Eintragung hat somit nur beschränkt konstitutive Wirkung.²⁰⁰³

Nerlich, § 60 Rn. 11; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 53; Saenger, GmbHR 1994, 300, 302; Karsten Schmidt, GmbHR 1988, 209, 211; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 56, § 74 Rn. 14. Lässt sich zwar letzteres Argument dadurch entkräften, dass die GmbH – Grundsätze greifen, so bleibt doch der negative Beigeschmack, dass einem letztlich eine Gesamthand als GmbH verkauft werden soll, denn nur um die Liquidation einer solchen kann es etwa im Rahmen des § 66 V GmbHG gehen. Die GmbH als erloschen zu betrachten, sie aber dann doch über eine Gesamthand „am Leben“ zu erhalten ist zumindest in sich widersprüchlich, vgl. auch Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 56.

¹⁹⁹⁷ Vgl. Hönn, ZHR 138 (1974), 50, 77; ebenso Keidel/Kuntze/Winkler-Winkler, Anh. § 144 b Rn. 10.

¹⁹⁹⁸ Bork, JZ 1991, 841 843; Heller, S. 119 f.; Hüffer, in FS Schultz, S. 99, 107 f.; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 11 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 53; Saenger, GmbHR 1994, 300, 302; Karsten Schmidt, GmbHR 1988, 209, 210 f.; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 56; § 74 Rn. 14; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 37.

¹⁹⁹⁹ Heller, S. 128 ff., 156; Lindacher, in FS Henckel, S. 549, 554; vgl. auch Buchner, Amtslöschung, S. 115; in diesem Sinne auch Hubert Schmidt, Vollbeendigung, S. 138.

²⁰⁰⁰ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 53.

²⁰⁰¹ Lehre vom Doppeltatbestand der Beendigung, die auf Karsten Schmidt zurückgeht, vgl. Scholz-Karsten Schmidt (6. Auflage), Anh. § 60 Rn. 18 ff., § 60 Rn. 37, § 74 Rn. 14; ders., GmbHR 1988, 209, 211; zustimmend BAG, Urteil vom 22.3.1988, GmbHR 1988, 388 sowie GmbHR 1989, 123, 124; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.2.1986, ZIP 1986, 647, 648; Urteil vom 30.9.1998 (zur Aktiengesellschaft), ZIP 1998, 1880, 1882; OLG Köln, Urteil vom 11.3.1992, GmbHR 1992, 536; unklar LAG Hessen, Urteil vom 28.6.1993, GmbHR 1994, 483, 484; Das LAG spricht zum einen davon, dass die Eintragung der Löschung lediglich deklaratorischen Charakter hat, zum anderen hält sie ihn aber im Hinblick auf die Beendigung der Gesellschaft für erforderlich; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.1994, GmbHR 1995, 233, 234; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 60 Rn. 5; Brandes, NZG 1999, 33, 34; Lutter/Hommelhoff, § 74 Rn. 6; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 6, 56 i.V.m. § 74 Rn. 13 f.; MünchHandbuchGmbH-Weitbrecht, § 63 Rn. 60; offen Hachenburg-Hohner, § 74 Rn. 26; Löschungstheorie und Lehre vom Doppeltatbestand kämen im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen.

Vor diesem Hintergrund fraglich ist daher auch die Einordnung der Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach § 141 a FGG prinzipiell als Auflösungsgrund gemäß § 60 Nr. 7 GmbHG, da ohne Vermögen die Gesellschaft beendet ist, so dass für eine Auflösung kein Raum ist, wenn tatsächlich Vermögenslosigkeit gegeben ist, Michalski-Nerlich, § 66 Rn. 87; Karsten Schmidt, GmbHR 1994, 829, 831 f. Dass § 60 I Nr. 7 GmbHG von Auflösung spricht, ist daher ungenau (Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 56) bzw. „nicht erst gemeint“, Karsten Schmidt, GmbHR 1994, 829, 832. Auflösung und Beendigung fallen sozusagen grundsätzlich zusammen, Lutter/Hommelhoff, § 60 Rn. 17; Kögel, GmbHR 2003, 460.

²⁰⁰² Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 12. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, diese Auffassung führe zu Rechtsunsicherheit, weil fraglich ist, ob die gelöschte Gesellschaft wirklich erloschen ist, vgl. Buchner, Amtslöschung, S. 91 f., weil dies der Praxistauglichkeit nicht abträglich ist, zumal nach der fortbestehenden Gesellschaft ohnehin nur gefragt wird, wenn man sie für die Nachtragsliquidation benötigt und das bis dahin unbemerkte Weiterbestehen der Gesellschaft unschädlich ist, Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 56; § 74 Rn. 14.

²⁰⁰³ Michalski-Nerlich, § 66 Rn. 87; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 57; Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 14.

Für den Fall der Löschung wegen Vermögenslosigkeit nach §§ 61 I Nr. 7 GmbHG, 141 a FGG stellt sich für die GmbH & Co. KG ein schwieriges Sonderproblem (findet dagegen eine Liquidation statt, so ist davon auszugehen, dass in deren Rahmen auch die KG-Beteiligung verwertet wird, so dass sich dann folgendes Problem nicht stellt): Fraglich ist, inwieweit bei einer GmbH, die alleinige unbeschränkt haftende Komplementärin einer KG ist, Vermögenslosigkeit möglich ist. Eine Vermögenslosigkeit der GmbH ist, solange sie noch an der KG beteiligt ist, jedenfalls selten, da der Beteiligung an der Handelsgesellschaft Vermögenswert beizumessen ist. Es kann jedoch aus dieser Überlegung heraus nicht unreflektiert gefolgert werden, dass die Vollbeendigung einer juristischen Person solange nicht eintreten könne, als sie noch an einer Personengesellschaft beteiligt ist, so aber OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.1976, DNotZ 1976, 619, 621; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 131 Rn. 29; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 10; offen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.1994, GmbHR 1995, 233, 234.

Dies ist freilich viel zu undifferenziert, zumal es jeweils vom Einzelfall abhängig ist, ob der Beteiligung an der KG Vermögenswert beizumessen ist oder nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch die GmbH am Kapital der KG gerade nicht beteiligt [vgl. oben 2. Kapitel: I.3.c)cc), S. 24], so dass auch bei Weiterbestehen der Gesellschafterstellung Vermögenslosigkeit nicht ausgeschlossen ist, wenn die GmbH darüber hinaus auch keine vermögenswerten Zahlungsansprüche gegen die KG hat, da in diesem Fall der Beteiligung kein Vermögenswert zukommt, der einer Vollbeendigung entgegenstehen könnte, Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 384. Ansonsten käme Vermögenslosigkeit nur in Betracht, wenn auch die KG vermögenslos ist und daher die Beteiligung und etwaige Zahlungsansprüche der Komplementär-GmbH gegen sie keinen Vermögenswert darstellen, Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 117.

(2) Einfluss nicht vermögensmäßigen Abwicklungsbedarfs auf die Vollbeendigung

Auch bei Vermögenslosigkeit wird vielfach eine Vollbeendigung abgelehnt und die GmbH lediglich als aufgelöst behandelt, wenn sich zwar kein Vermögen mehr findet, jedoch noch anderer Handlungsbedarf herausstellt.²⁰⁰⁴ Ausgangspunkt ist letztlich die Erwägung, ob die Lehre vom Doppeltatbestand der Beendigung dahingehend zu erweitern ist, dass eine Vollbeendigung nur dann in Betracht kommt, wenn neben Vermögenslosigkeit und Löschung auch kein weiterer, nicht vermögensmäßiger, Abwicklungsbedarf²⁰⁰⁵ mehr ansteht bzw. die Frage, inwieweit etwaiger, nicht vermögensmäßiger, Abwicklungsbedarf eine Nachtragsliquidation rechtfertigt.

Ausgehend von Überlegungen *Hubert Schmidts*²⁰⁰⁶ nimmt die überwiegende Meinung eine Erweiterung der Lehre vom Doppeltatbestand vor und verlangt neben Vermögenslosigkeit und Löschung auch, dass kein weiterer Abwicklungsbedarf bestehe, sei dieser vermögensmäßiger oder nicht vermögensmäßiger Natur, da dies die strenge Lehre vom Doppeltatbestand nicht berücksichtige.²⁰⁰⁷ Dies wird in Anlehnung an §§ 225 IV RegE GmbHG 1971/73,²⁰⁰⁸ 273 IV AktG begründet,²⁰⁰⁹ weil nach überwiegender Auffassung eine Nachtragsliquidation nicht nur im Falle noch vorhandenen Aktivvermögens, sondern auch bei anderen, nicht vermögensmäßigen Abwicklungsmaßnahmen stattzufinden hat.²⁰¹⁰

Einigkeit besteht nur insoweit, als die gebotenen Handlungen und Erklärungen nicht am Erlöschen der Gesellschaft scheitern dürfen. Fraglich ist allerdings, ob aus diesem Grund die Gesellschaft als Rechtsträger aufrechterhalten werden muss, oder ob dies auch bei Erlöschen der Gesellschaft sinnvoll zu bewerkstelligen ist.²⁰¹¹

Es lassen sich auch gute Argumente gegen das Erfordernis einer Nachtragsliquidation bzw. gegen eine Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit geltend machen. So ist nicht zu verkennen, dass es im Falle nicht vermögensmäßigen Abwicklungsbedarfs nicht wirklich um die Nachtragsliquidation einer fortbestehenden GmbH geht, sondern nur um die Erfüllung nachträglicher Handlungszuständigkeiten der erloschenen Gesellschaft. Es bestehen daher begründete Zweifel an der Einordnung als Nachtragsliquidationsverfahren, zumindest an dessen Verhältnismäßigkeit, so dass vor diesem Hintergrund der Annahme einer Vollbeendigung der Gesellschaft allein infolge Vermögenslosigkeit und Eintragung der Löschung nichts entgegensteht.²⁰¹² Für die Abwicklung eines bloßen Handlungsbedarfs im Gegensatz zum Vermögensabwicklungsbedarf wird zum einen die Bestellung eines

Der Streit wird sich für die hier problematisierte echte GmbH & Co. KG letztlich nicht auswirken, da das Schicksal der GmbH dasjenige der KG teilt, weil die GmbH nicht eigenwirtschaftlich tätig und auf die Wahrnehmung der Komplementäraufgaben beschränkt ist, vgl. schon oben zur Insolvenz **2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(b)(bb), S. 157.**

²⁰⁰⁴ Vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 74 Rn. 18, 21.

²⁰⁰⁵ Zu denken ist etwa an die Abgabe von Willenerklärungen wie Löschungsbewilligungen hinsichtlich Grundpfandrechten oder sonstigen Grundbuchpositionen einschließlich Berichtigungsbewilligungen oder das Ausstellen von Zeugnissen, OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.1986, BB 1987, 294; *Bork*, JZ 1991, 841, 844; *Hachenburg-Hohner*, § 74 Rn. 32; *Lutter/Hommelhoff*, § 74 Rn. 19; *Michalski-Nerlich*, § 74 Rn. 46; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 74 Rn. 21; *Karsten Schmidt*, GmbHR 1988, 209, 212; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 74 Rn. 20. Die Frage nach nicht vermögensmäßigem Abwicklungsbedarf stellt sich für den Fall der Löschung wegen Vermögenslosigkeit (vgl. oben Fn. 2003) zudem im Hinblick auf die Erfüllung von Pflichten, die sich aus der Beteiligung an der KG gegenüber dieser ergeben, vgl. *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 89.

²⁰⁰⁶ *Hubert Schmidt*, Vollbeendigung, S. 109 ff., 122, der allerdings noch der Löschung die für die Beendigung der Gesellschaft entscheidende Wirkung beimisst, vgl. oben Fn. 1992.

²⁰⁰⁷ Grundlegend *Bork*, JZ 1991, 841, 844 f. *Hubert Schmidt*, Vollbeendigung, S. 109 ff., 137 differenziert letztlich dahingehend, dass mit der Löschung die volle Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft beseitigt ist, die Beendigung der Verbandsexistenz jedoch den Doppeltatbestand von Löschung und Fehlen jeden Abwicklungsbedarfs voraussetzt, vgl. zur rechtlichen Einordnung dieser Verbandskompetenz als teilrechtsfähige Nachgesellschaft oben Fn. 1999.

²⁰⁰⁸ BT-Drucks. 6/3088, S. 62 = 7/253, S. 62; vgl. zum Schicksal des Entwurfs bereits oben Fn. 1023.

²⁰⁰⁹ *Michalski-Nerlich*, § 66 Rn. 92; § 74 Rn. 46; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 60 Rn. 7; *Bork*, JZ 1991, 841, 845, 847 beschränkt dies aber auf Fälle, in denen an der Abwicklung auch ein Gläubigerinteresse besteht; ebenso *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 55; § 74 Rn. 22; *Saenger*, GmbHR 1994, 300, 302 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 10.10.1988 – II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 261: Der BGH lässt es allerdings letztlich offen, inwieweit eine Nachtragsliquidation stattzufinden hat, a.a.O., S. 262, vgl. näher unten Fn. 2015.

²⁰¹⁰ BGH, Beschluss vom 23.2.1970, BGHZ 53, 264, 266; BayObLG, Beschluss vom 4.10.1955, BayObLGZ 1955, 288, 291 zu § 241 IV AktG 1937: Mitwirkung an der Löschung eines zu ihren Gunsten eingetragenen Grundpfandrechts; Beschluss vom 31.5.1983, ZIP 1983, 938, 940: Erfüllung steuerlicher Pflichten; Beschluss vom 2.2.1984, ZIP 1984, 450, 451: ausreichend sei, dass noch ein Steuerbescheid zugestellt werden soll (bestätigend Beschluss vom 30.10.1984, GmbHR 1985, 215, 216; ablehnend OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.6.1989, NJW-RR 1990, 100); Beschluss vom 23.9.1993, GmbHR 1993, 821; OLG München, Urteil vom 19.2.1988, GmbHR 1988, 225, 226; OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.1986, BB 1987, 294, 295; Beschluss vom 5.9.1996, GmbHR 1997, 75, 76; OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.12.1994, GmbHR 1995, 595: unterlassene Rechnungslegung; offen, ob Maßnahme der Liquidation oder Bestellung geeigneter Personen für die Abgabe von Erklärungen hinsichtlich Grundbucheintragen (insoweit abstellend auf §§ 157 II HGB, 74 GmbHG) dagegen OLG Köln, Beschluss vom 31.8.1992, GmbHR 1993, 823, 824: Jedenfalls die Nachtragsliquidation komme in Betracht; OLG Koblenz, Urteil vom 1.4.1998, NZG 1998, 637, 638; *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 74 Rn. 15; *Bork*, JZ 1991, 841, 845 [der sich auch auf den Willen des Gesetzgebers zu § 214 IV AktG 1937 (heute § 273 IV AktG) beruft, der sich dahingehend äußerte, es komme „der Löschung der Gesellschaft insofern keine rechtsvernichtende Bedeutung zu, als die Gesellschaft trotz der Löschung Trägerin etwa noch vorhandenen Vermögens bleibt und als nötigenfalls weitere Abwicklungsmaßnahmen vorgenommen werden können.“, abgedruckt bei *Klausing*, S. 187.]; *Hachenburg-Hohner*, § 74 Rn. 32; *Lutter/Hommelhoff*, § 74 Rn. 19; *Michalski-Nerlich*, § 66 Rn. 92, § 74 Rn. 46; *Saenger*, GmbHR 1994, 300, 302; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 60 Rn. 64.

²⁰¹¹ *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 8.

²⁰¹² *Karsten Schmidt*, GmbHR 1988, 209, 212; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 74 Rn. 20 a; im Ergebnis ebenso *Hachenburg-Ulmer*, Anh. § 60 Rn. 39 f. Auch das OLG München, Urteil vom 19.2.1988, GmbHR 1988, 225, 226 kommt zu dem Ergebnis, dass eine Nachtragsliquidation in Analogie zu § 273 IV AktG nur dann gerechtfertigt ist, wenn die noch geschuldete Rechtshandlung eine abwicklungsfähige Rechtsposition zum Gegenstand hat. Es ging in diesem Fall um die Geltendmachung eines durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs auf Einräumung einer Gesamtsicherungshypothek nach § 648 BGB, mithin also eines Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung. Dieses Urteil wurde allerdings vom BGH in der Revision nicht bestätigt, Urteil vom 10.10.1988 – II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, vgl. hierzu sogleich im Text.

Pflegers analog § 1913 BGB vorgeschlagen,²⁰¹³ zum anderen wird auch eine entsprechende Anwendung des § 74 II 2 GmbHG vertreten.²⁰¹⁴

Der BGH hat zwar unter Bezugnahme auf § 273 IV AktG festgestellt, dass Abwicklungsmaßnahmen immer dann durchzuführen sind, wenn an ihnen ein berechtigtes Interesse besteht. Er hat jedoch offengelassen, ob die Abwicklung auf diese Vorschrift, auf eine entsprechende Anwendung des § 1913 BGB oder 74 I GmbHG (a. F. jetzt § 74 II 2 GmbHG) zu stützen ist.²⁰¹⁵ Bis zu einer endgültigen höchstrichterlichen Klärung bleibt nur die Möglichkeit, die Entscheidung letztlich dem Registergericht zu überlassen.²⁰¹⁶

(3) Einfluss übergangener Gläubiger auf die Vollbeendigung

Es stellt sich auch die Frage, inwieweit unberücksichtigt gebliebene Gläubiger eine Nachtragsliquidation und somit ein Fortbestehen der Gesellschaft rechtfertigen. Es sprechen allerdings auch hier wie im Falle sonstigen Abwicklungsbedarfs²⁰¹⁷ die besseren Argumente gegen eine Nachtragsliquidation und somit für die Vollbeendigung der Gesellschaft. Wenn ordnungsgemäß liquidiert ist, kann ein bisher unbekannter Gläubiger seine Rechte nicht mehr geltend machen, so dass jedenfalls für diesen Fall die Vollbeendigung überwiegend bejaht wird.²⁰¹⁸ Etwas anderes kann nur für den Fall angenommen werden, dass die Geltendmachung von Ansprüchen des Gläubigers Regressansprüche der Gesellschaft gegen Dritte eröffnet, insbesondere, wenn der Gläubiger unter Verstoß gegen § 73 GmbHG übergangen wurde.²⁰¹⁹

(4) Entsprechende Anwendung des § 161 II, 131 III 1 Nr. 1 HGB

Fraglich ist, ob die Vollbeendigung und somit der Wegfall der Komplementär-GmbH dem Tod einer natürlichen Person als Gesellschafter gleichgesetzt werden kann mit der Folge, dass die Vollbeendigung das Ausscheiden der GmbH nach § 161 II, 131 III 1 Nr. 1 HGB zur Folge hat.²⁰²⁰ Wenn der Gesellschaftsvertrag hierzu keine Regelung getroffen hat, muss eine wertende Auslegung der vertraglichen Bestimmungen vorgenommen werden.²⁰²¹ Nach der überwiegenden Meinung zu § 131 Nr. 4 HGB a. F. der im Falle des Todes eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft führte, war jedenfalls die Vollbeendigung der GmbH dem Tod einer natürlichen Person als Gesellschafter gleichzustellen, da auch hier der Gesellschafter wegfällt. Konsequenterweise vertritt dies die herrschende Meinung auch für die neue Rechtslage, die zum Ausscheiden der GmbH entsprechend §§ 161 II,

²⁰¹³ Vgl. Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 40.

²⁰¹⁴ Karsten Schmidt, GmbHR 1988, 209, 212 f. zu § 74 I GmbHG a. F., jetzt § 74 II GmbHG durch Art. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Durchführung der Elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften und über Gebäudeversicherungsverhältnisse vom 22.7.1993 (BGBl. I, S. 1282); Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 61, § 74 Rn. 20 a. Die gewichtigeren Argumente sprechen wohl für diese Ansicht, zumal § 1913 BGB als Analogiebasis insbesondere deshalb fraglich ist, weil der Pfleger nicht im Namen einer nicht existenten Person handeln kann, Karsten Schmidt, GmbHR 1988, 209, 212; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 61.

²⁰¹⁵ BGH, Urteil vom 10.10.1988 – II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 262; vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 31.8.1992, GmbHR 1993, 823, 824: Es lässt offen, ob auf § 273 IV AktG oder §§ 157 II HGB, 74 GmbHG abzustellen ist.

²⁰¹⁶ Vgl. auch BGH, Urteil vom 10.10.1988 – II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 262.

²⁰¹⁷ Vgl. oben 3. Kapitel: I.4.a)aa)(2), S. 208.

²⁰¹⁸ BGH, Urteil vom 5.4.1979, WM 1979, 804, 805 hinsichtlich eines rechtsfähigen Vereins; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 74 Rn. 16; Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 21; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 74 Rn. 16; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 16, Anh. § 60 Rn. 39; a. A. Hachenburg-Hohner, § 74 Rn. 27; Hubert Schmidt, Vollbeendigung, S. 109 ff., 112 ff.; offen dagegen BGH, Urteil vom 29.9.1967, BGHZ 48, 303, 306 f.; Beschluss vom 23.2.1970, BGHZ 53, 264, 266; Urteil vom 10.10.1988 – II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 261 f. Ungeklärt und vom BGH offengelassen (BGH, Urteil vom 29.9.1967, BGHZ 48, 303, 306 f.) ist dagegen die Frage, ob mit der Vollbeendigung der GmbH die Forderungen unberücksichtigter Gläubiger aufgrund der Tatsache des nunmehr fehlenden Gläubigers erlöschen oder ob lediglich das Haftungssubstrat wegfällt: in ersterem Sinne BGH, Urteil vom 5.4.1979, WM 1979, 804, 805 zum rechtsfähigen Verein; OLG Saarbrücken, Urteil vom 14.5.1997, NJW-RR 1998, 1605; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 74 Rn. 16; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 16; offen dagegen Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 15. Die Entscheidung kann offen bleiben, da es sich in erster Linie um eine rechtsdogmatische Frage handelt. Es spricht allerdings einiges für die Annahme, dass die Forderung nicht erlischt, denn aus der bloßen Tatsache, dass die erfolgreiche Durchsetzung von Ansprüchen übergangener Gläubiger das Vorhandensein von Vermögen der SchuldnerGmbH voraussetzt, kann nicht zwangsläufig gefolgert werden, dass sie auch materiellrechtlich nur unter dieser Voraussetzung bestehen bleiben, BGH, Urteil vom 29.9.1967, BGHZ 48, 303, 307.

²⁰¹⁹ RG, Urteil vom 21.1.1918, RGZ 92, 77, 84; Urteil vom 6.1.1925, RGZ 109, 387, 391; BGH, Beschluss vom 23.2.1970, BGHZ 53, 264, 266; BayObLG, Beschluss vom 4.3.1927, JFG 4, 210, 211 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.6.1989, NJW-RR 1990, 100 f.; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 74 Rn. 12; Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 21; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 60 Rn. 39. Ein Regressanspruch kommt etwa auch dann in Betracht, wenn bei dem Verkauf des Vermögens der Erwerber für etwa noch auftauchende Forderungen gegenüber der GmbH eine Freistellung übernommen hat, BayObLG, Beschluss vom 4.3.1927, JFG 4, 210, 212; Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 21.

²⁰²⁰ Es ist insoweit durch die Handelsrechtsreform eine wesentliche Änderung zur alten Rechtslage eingetreten. Nach § 131 Nr. 4 HGB a. F. führte der Tod eines Gesellschafters (bei der KG des persönlich haftenden Gesellschafters, da für Kommanditisten § 177 HGB a. F. greift) zur Auflösung der Gesellschaft. Der Streit zu § 131 Nr. 4 HGB a. F. hat sich allerdings auch nach der Neufassung des HGB entgegen Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 381 zumindest auf den ersten Blick nicht erledigt [vgl. aber unten 3. Kapitel: I.4.a)bb)(3), S. 214], sondern es stellt sich die Frage, inwieweit dieser Sachverhalt unter den neuen Ausscheidenstatbestand des § 131 III 1 Nr. 1 HGB zu subsumieren ist, da sich an der grundsätzlichen Problematik und Einordnung der Auflösung/Vollbeendigung einer Gesellschafter-Gesellschaft auch nach dem Willen des Gesetzgebers nichts geändert hat, Begründung zum RegE HRefG, BT-Ds. 13/8444, S. 66; Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 27; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 45; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 131 Rn. 22. Es findet nur eine Problemverlagerung auf die Frage statt, welche Auswirkungen das Wegfallen des einzigen Komplementärs hat, da nach der neuen Rechtslage die Auflösung nur noch über diese Schiene begründet werden kann, vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210. Im Hinblick auf die Frage, ob die Vollbeendigung einer juristischen Person dem Tod einer natürlichen gleichsteht, kann somit auf den Streitstand zur alten Rechtslage zurückgegriffen werden.

²⁰²¹ MünchHandbuchKG-Schmid, § 49 Rn. 23.

131 III 1 Nr. 1 HGB führt.²⁰²² Es wird zwar von *Karsten Schmidt* schon zu § 131 Nr. 4 a. F. HGB und jetzt zu § 131 III 1 Nr. 1 HGB n. F. die Auffassung vertreten, dass die Problematik der Auflösung oder Vollbeendigung einer Gesellschafter-Gesellschaft nicht in den Zusammenhang des § 131 Nr. 4 HGB a. F. bzw. § 131 III 1 Nr. 1 HGB einzuordnen ist, sondern einfach als Fortfall eines Gesellschafters.²⁰²³ Der Unterschied zwischen beiden Meinungen ist jedoch durch die Neufassung des HGB insoweit relativiert, als auch nach § 131 III 1 Nr. 1 HGB n. F. Folge des Todes eines Gesellschafters nurmehr dessen Ausscheiden aus der Gesellschafter ist, so dass nach der neuen Rechtslage eine Auflösung auch der KG ganz im Sinne von *Karsten Schmidt* nur im Zusammenhang mit dem Wegfall des einzigen Komplementärs hergeleitet werden kann.²⁰²⁴ Auf die genaue dogmatische Einordnung braucht daher an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.²⁰²⁵

(5) Auswirkungen des Wegfalls des einzigen Komplementärs

Die Auswirkungen des Wegfalls des einzigen Komplementärs sind gesetzlich nicht geregelt, und gerade deshalb ist die Auflösung auch der KG bei Vollbeendigung ihrer Komplementär-GmbH zweifelhaft.²⁰²⁶ Das Problem stellt sich überhaupt nur dann, wenn nicht nur ein Gesellschafter übrig bleibt. In letzterem Fall ist § 131 HGB nicht einschlägig und die Gesellschaft erlischt ohne Liquidation. Folge ist, dass der verbleibende Gesellschafter Gesamtrechtsnachfolger und somit einziger Träger aller Aktiva und Passiva wird, weil es bei der Personengesellschaft im Gegensatz zur juristischen Person keine Einpersonengesellschaft gibt.²⁰²⁷ Es handelt sich dabei nicht um eine Anwachsung im Sinne des § 738 I 1 BGB, da diese gerade den Fortbestand der Gesellschaft voraussetzt.²⁰²⁸

(a) Werbende Kommanditistengesellschaft

Denkbar und nach der gesetzlichen Regelung nahe liegend wäre, wenn, wie im hier diskutierten Fall der echten GmbH & Co. KG,²⁰²⁹ mehrere Kommanditisten bleiben, als eigentliche Konsequenz der von der h. M. angenommenen analogen Anwendung des § 131 III 1 Nr. 1 HGB auch ein Fortbestehen der Gesellschaft unter den Kommanditisten als werbende Kommanditistengesellschaft. Doch tauchen dabei Probleme mit dem numerus clausus der gesetzlichen Gesellschaftsformen auf, so dass bereits der Rechtsformzwang²⁰³⁰ einer solchen Annahme entgegensteht, da eine Kommanditistengesellschaft sich unter keine der gesetzlich vorgesehenen Gesellschaftsformen subsumieren lässt. Es würden ansonsten die Bestimmungen des GmbH-Rechts unterlaufen, insbesondere im Hinblick auf die Mindestkapitalaufbringung nach § 5 I GmbHG. Zudem wären Kapitalerhaltungsbestimmungen

²⁰²² RG, Urteil vom 13.11.1928, RGZ 122, 253, 257; Urteil vom 12.2.1929, RGZ 123, 289, 294; BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 181 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.1976, DNotZ 1976, 619, 620 f.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.7.1982, BB 1982, 1689; OLG Hamburg, Urteil vom 13.3.1987, GmbHR 1987, 481; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 27 i.V.m. Rn. 20; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 18; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 655; *Heymann-Horn*, HGB, § 177 Rn. 2; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 45; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 10; *MünchHandbuchKG-Schmid*, § 49 Rn. 23; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 60 Rn. 11; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 115; vgl. auch Begründung zum RegE HRefG, BT-Ds. 13/8444, S. 66.

²⁰²³ *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 29; ders., *Gesellschaftsrecht*, § 56 VI.1a); ders., BB 1980, 1497, 1498 f.; ders., GmbHR 1980, 261 f.; ders., ZHR 153 (1989), 270, 279. Er sah einen Anwendungsbereich für die Bestimmung des § 131 Nr. 4 HGB a. F., was wohl auf die Anwendbarkeit des § 131 III 1 Nr. 1 HGB übertragen werden kann, nur für einen ganz bestimmten Ausnahmefall gegeben, nämlich den Fall der automatischen Vollbeendigung der Gesellschafter-Gesellschaft mit Gesamtrechtsnachfolge, da hier der Gesellschaftsanteil wie beim Tod eines natürlichen Gesellschafters ohne Zutun der Mitgesellschafter automatisch auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Als Beispiele seien die automatische Vollbeendigung einer beteiligten Personengesellschaft durch Fortfall sämtlicher Mitgesellschafter [vgl. hierzu auch unten **3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210**], der den Anteil ipso iure auf den einzig verbleibenden Mitgesellschafter übergehen lässt, die übertragende Umwandlung sowie die Verschmelzung zu nennen, *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 30.

²⁰²⁴ Für den Fall einer typischen GmbH & Co. KG (vgl. zur Terminologie oben Fn. 71), deren einziger Komplementär die GmbH ist, kam *Karsten Schmidt* auch schon nach der alten Rechtslage zu einem, mit der h. M. übereinstimmenden Ergebnis, *Karsten Schmidt*, GmbHR 1994, 829, 834.

²⁰²⁵ Vgl. unten **3. Kapitel: I.4.a)bb), S. 212**.

²⁰²⁶ *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 53 V.1.a).

²⁰²⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1967, BGHZ 48, 203, 206; Urteil vom 10.7.1975, BGHZ 65, 79, 82; Urteil vom 10.12.1990, BGHZ 113, 132, 133; Urteil vom 16.12.1999, ZIP 2000, 229, 230; Urteil vom 28.1.2002, NJW-RR 2002, 704; OLG Köln, Urteil vom 14.6.1996, NJW-RR 1997, 160, 161; OLG Hamm, Beschluss vom 3.7.2003, DB 2003, 2381, 2382; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 19, 35 f.; *Habersack*, Reform des Handelsstandes, S. 73, 92; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 30 i.V.m. Rn. 11; *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 53 V.1.a), § 44 II.2.a) iVm § 8 IV.2.b) mit Einschränkungen nur im absoluten Ausnahmefall, vgl. § 45 I.2.b)bb); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 138 Rn. 25. Grund hierfür ist die Sozietätskonstruktion der Personengesellschaften, ausführlich *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 8 IV.2.b); vgl. auch die umfassenden Ausführungen zum Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft *Eckardt*, NZG 2000, 449 ff.; vgl. zum Sonderfall, dass der Kommanditist im Wege des Erbfalls Alleininhaber des Unternehmens wird BGH, Urteil vom 10.12.1990, BGHZ 113, 132 ff. sowie die Bemerkungen hierzu von *Lieb*, ZGR 1991, 572 ff. sowie *Marotzke*, ZHR 156 (1992), 17 ff.

Für die Möglichkeit einer Einmann-Personengesellschaft dagegen *Baumann*, BB 1998, 225, 230 ff.; *Weimar*, ZIP 1997, 1769 ff.; gegen die Einmann-Personengesellschaft explizit und überzeugend unter Hinweis auf die insoweit eindeutige Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags zur Streichung des § 142 HGB (vgl. BT-Ds. 13/10332, S. 30) dagegen *Seibert*, in: *Fachtagung der Bayer-Stiftung*, 119, 126.

²⁰²⁸ Vgl. die Nachweise Fn. 2027. Vgl. aber auch BGH, Urteil vom 19.5.1960, BGHZ 32, 307, 315 sowie Urteil vom 6.5.1993, NJW 1993, 1917, 1918, wo der Vorgang als Ausprägung des An- und Abwachsungsprinzips verstanden wird.

²⁰²⁹ Vgl. zur Terminologie oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5**.

²⁰³⁰ Vgl. grundlegend zum Rechtsformzwang, *Karsten Schmidt*, Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, S. 158 ff., 198 ff.

im Gegensatz zu § 31 GmbHG auf die Haftsumme²⁰³¹ begrenzt, §§ 171 I, 172 IV HGB. Eine werbende Kommanditistengesellschaft ist daher ausgeschlossen.²⁰³²

(b) OHG kraft Rechtsformzwangs

Die Ablehnung einer werbenden Kommanditistengesellschaft wirft die Frage auf, ob nicht die Entstehung einer OHG adäquate Rechtsfolge wäre. Als Alternative bleibt allein die Auflösung der KG.²⁰³³ Dennoch ist die automatische Entstehung einer OHG abzulehnen, denn sie würde dazu führen, dass die bisher beschränkt nach § 171 I HGB auf ihre Einlage haftenden Kommanditisten rückwirkend mit einer unbeschränkten Haftung für alle Verbindlichkeiten belastet würden, die aus den Bestimmungen der §§ 128, 130 HGB folgt. Dies wäre für die Kommanditisten unzumutbar, da sie gerade die Rechtsform der KG aus Gründen einer Haftungsbegrenzung gewählt haben. Eine andere Auffassung würde die Praktikabilität und Attraktivität der KG als Gesellschaftsform erheblich beeinträchtigen, es sei denn, es liegt eine Zustimmung der Kommanditisten vor.²⁰³⁴ Es kann daher insoweit kein automatischer Rechtsformzwang zugunsten einer OHG angenommen werden.²⁰³⁵ Dies wäre eine einseitige Belastung der verbleibenden Gesellschafter zugunsten der Gläubiger.

(c) Kommanditistengesellschaft in Liquidation

Die richtige Lösung kann als Folge der bisherigen Erwägungen daher nur darin liegen, dass dann, wenn nur Kommanditisten übrig bleiben, die Gesellschaft zu liquidieren ist, da die KG nach § 161 I HGB einen Komplementär benötigt und somit schon der Rechtsformzwang²⁰³⁶ zur Auflösung der KG führt. Dies ist weitgehend unstrittig.²⁰³⁷ Problematisch ist, dass nur Kommanditisten als Gesellschafter verbleiben, mithin eine Personengesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter entstehen würde, also gerade wieder eine Kommanditistengesellschaft, die nach obigen Ausführungen eigentlich in Konflikt mit dem Rechtsformzwang gerät, weil sie keinem gesetzlichen Gesellschaftstypus entspricht.²⁰³⁸ Der entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, dass es sich nicht mehr um eine werbende Gesellschaft, sondern nur noch um eine Kommanditistengesellschaft in Liquidation handeln kann. Den Kritikern ist zwar zuzugeben, dass dies an der Haftungsproblematik nichts ändert, da auch im Rahmen der Liquidation neue Verbindlichkeiten drohen, vgl. § 149 I 2. Hs. HGB, mithin das Vertrauen der Gläubiger in ein gesetzlich geregeltes Haftungssystem mit persönlich haftendem Gläubiger unterlaufen wird.²⁰³⁹ Dies zwingt aber nicht zu der Annahme, nur eine Kommanditgesellschaft in Liquidation mit dem ursprünglichen Komplementär bzw. dessen Erben werde der Situation gerecht.²⁰⁴⁰ Denn dies scheidet gerade im hier maßgeblichen Fall einer juristischen Person als Komplementärin aus. Die GmbH ist vollbeendet und hat auch keine Erben in diesem Sinne. Zudem sind die Interessen der Gläubiger insoweit weit weniger als im Fall einer werbenden Kommanditistengesellschaft tangiert, da die Tatsache der Liquidation nach § 153 HGB kenntlich zu machen ist durch Zusätze wie „i. L.“, „in Liq“ oder „i. A.“²⁰⁴¹ und dadurch Neugläubiger gewarnt sind.²⁰⁴² In Anbetracht der regelmäßig kurzen Dauer der Liquidation ist die systemwidrige Kommanditistengesellschaft i. L. ohne persönlich haftenden Gesellschafter somit hinzunehmen.²⁰⁴³ Die Annahme einer Kommanditgesellschaft in Liquidation, wie von der Gegenmeinung propagiert, war Rechtslage zu § 131 Nr. 4 a. F. als Folge der Auflösung der Gesellschaft, trägt jedoch der Reform des § 131 HGB nicht Rechnung, der nunmehr lediglich zum Ausscheiden führt.²⁰⁴⁴

²⁰³¹ Vgl. zur Haftsumme (Außenverhältnis) im Gegensatz zur Pflichteinlage (Innenverhältnis) *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rn. 1.

²⁰³² *Frey*, ZGR 1988, 281, 283 f.; *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1622.

²⁰³³ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 53 V.1.a).

²⁰³⁴ *Frey*, ZGR 1988, 281, 284; *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1622; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 43; ders., BB 1980, 1497, 1498; ders., ZHR 153 (1989), 270, 279; vgl. zur Anwendung des § 130 HGB auf den Fall der Umwandlung der beschränkten Kommanditistenhaftung in eine unbeschränkte Haftung *Baumbach/Hopt*, HGB, § 130 Rn. 2; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 130 Rn. 2; *Ebenroth/Boujong/Joost-Hillmann*, HGB, § 130 Rn. 5; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 130 Rn. 3; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 114.

²⁰³⁵ *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1498; vgl. zum Rechtsformzwang oben 2030.

²⁰³⁶ Vgl. oben Fn. 2030.

²⁰³⁷ BGH, Urteil vom 14.5.1952, BGHZ 6, 113, 116; Urteil vom 12.11.1952, BGHZ 8, 35, 37 f.; Urteil vom 18.10.1976, WM 1977, 500, 501 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 14.5.1952, BGHZ 6, 113; Urteil vom 16.2.1978, WM 1978, 675, 676; BayObLG, Beschluss vom 10.3.2000, BB 2000, 1211, 1212; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 36; *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1622; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 30; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 131 Rn. 8; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 43; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 53 V.1.a); ders., BB 1980, 1497, 1498; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 114. Insoweit ist konsequent auch *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 117 bereits hinsichtlich der alten Rechtslage zu dem Ergebnis gekommen, dass bei Vollbeendigung die Auflösung der KG neben § 131 Nr. 4 HGB auch aus der Tatsache des Wegfalls der einzigen Komplementärin folgt.

²⁰³⁸ Ablehnend daher *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1623: Sie berufen sich vor allem auch darauf, dass Wortlaut und Begründung zu § 131 HGB (BT-Ds. 13/8444, S. 66) auf das Ausscheiden aus einer fortgesetzten Gesellschaft abstellen, nicht hingegen den Fall einer Liquidationsgesellschaft betreffen. Die Begründung stellt allerdings insoweit auf die OHG ab und bezieht die Problematik des Wegfalls des einzigen Komplementärs nicht ein, so dass sich dieses Argument bereits dadurch entkräften lässt.

²⁰³⁹ Vgl. *Frey*, ZGR 1988, 281, 283 f.

²⁰⁴⁰ So *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1624.

²⁰⁴¹ Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 153 Rn. 1.

²⁰⁴² Dies erkennen auch *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1623.

²⁰⁴³ *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 31.

²⁰⁴⁴ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 53 V.1.a), Fn. 77. Dagegen spricht auch, dass bei Verbleiben des ursprünglichen Komplementärs bzw. dessen Erben in der Kommanditgesellschaft i. L. diesem bzw. diesen die volle Mitwirkungskompetenz zuteil würde. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Fortsetzung der Gesellschaft problematisch, vgl. *Eckardt*, NZG 2000, 449, 454. Zu deren Beschluss ist grund-

Der Konflikt ist im Hinblick auf den Rechtsformzwang auch insoweit entschärft, als die Gesellschafter innerhalb angemessener Zeit wahlweise die Gesellschaft auflösen oder in das werbende Stadium zurückführen müssen, indem sie einen neuen Komplementär aufnehmen, also im Hinblick auf die hier relevante echte GmbH & Co. KG eine neue GmbH gründen, oder die Fortsetzung der Gesellschaft als OHG beschließen. Gelingt ihnen das nicht und betreiben sie die Gesellschaft dennoch als werbende fort, so entsteht kraft Rechtsformzwangs eine OHG mit der Folge der zwingend unbeschränkten Haftung nach §§ 128, 130 HGB für alle entstandenen und neu entstehenden Verbindlichkeiten. Der Verstoß gegen die *Maxime des numerus clausus* der Gesellschaftsformen ist daher zeitlich eng begrenzt und gerade auch deshalb hinzunehmen.²⁰⁴⁵ Welche Frist angemessen ist, lässt sich nicht generell sagen. Da auch die Aufnahme eines neuen Komplementärs über die Gründung einer neuen GmbH eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, wird teils vorgeschlagen, entsprechend § 139 III HGB einen Aufschub von 3 Monaten als äußerste Grenze hinzunehmen.²⁰⁴⁶ Im Vertrag sollte aus Gründen der Rechtssicherheit eine Frist gewählt werden, die maximal 2 Monate läuft, um sich auf alle Fälle auf der sicheren Seite zu bewegen.²⁰⁴⁷

bb) Rechtsfolgen der bloßen Auflösung der Komplementär-GmbH

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen die bloße Auflösung der GmbH für den Bestand der KG hat. Das Gesetz regelt die Wirkungen nur an einer bestimmten Stelle, nämlich für den Fall der Auflösung der GmbH durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 60 I Nr. 4 GmbHG. Dann scheidet die Komplementär-GmbH aus der KG aus, §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 2 HGB was wiederum die Folge der Auflösung auch der KG wegen Wegfalls des einzigen Komplementärs hat.²⁰⁴⁸ Strittig ist allerdings die Rechtslage bei Auflösung der GmbH in anderen Fällen, insbesondere durch Gesellschafterbeschluss nach § 60 I Nr. 2 GmbHG, solange noch keine Vollbeendigung eingetreten ist.

(1) Analoge Anwendung des § 131 III 1 Nr. 1 HGB

Da die bloße Auflösung die GmbH lediglich in das Liquidationsstadium versetzt, kommt es nicht schon deshalb zur Auflösung auch der KG, weil mit der GmbH die einzige persönlich haftende Gesellschafterin, die § 161 I HGB voraussetzt, wegfällt.²⁰⁴⁹ Eine parallele Lösung der bloßen Auflösung der GmbH im Vergleich zur Vollbeendigung käme dann in Betracht, wenn man die Bestimmung des § 131 III 1 Nr. 1 HGB auch auf diesen Fall entsprechend anwenden könnte. Das Ausscheiden des einzigen Komplementärs hätte somit wiederum die Auflösung auch der KG zur Folge. Auch wenn dies teils zu § 131 Nr. 4 a. F. vertreten wurde,²⁰⁵⁰ besteht hinsichtlich einer Nichtanwendbarkeit des § 131 Nr. 4 a. F. bzw. § 131 III 1 Nr. 1 HGB nahezu einhellige Übereinstimmung, da auch die h. M. nur die Vollbeendigung der GmbH dem Tod eines Gesellschafters gleichstellt. Die Auflösung führt die GmbH nur in das Liquidationsstadium und noch nicht zum Wegfall wie dies bei Vollbeendigung der Fall ist, so dass ein Vergleich mit dem Tod eines natürlichen Gesellschafters hinkt.²⁰⁵¹

sätzlich Einstimmigkeit erforderlich, BGH, Urteil vom 19.6.1995, ZIP 1995, 1412; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 31; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 64. Dies erkennen auch *Frey/Bredow* und wollen diese Problematik unter Hinweis auf eine Wahrung der Unternehmenskontinuität im Wege der Vertragsgestaltung oder Fortbildung dispositiven Rechts lösen, indem sie in Anlehnung an § 141 HGB a. F. ein Stimmverbot für den Komplementär konstruieren, *Frey/Bredow*, ZIP 1998, 1621, 1624.

²⁰⁴⁵ BGH, Urteil vom 23.11.1978, NJW 1979, 1705, 1706; vgl. auch schon Urteil vom 14.5.1952, BGHZ 6, 113, 116; *GroßkommentarHGB-Habersack*, § 145 Rn. 21; ders., in: *Reform des Handelsstandes*, 73, 89; *MünchHandbuchKG-Klein*, § 43 Rn. 5; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 131 Rn. 8; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 31; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 584; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 43; *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 53 V.1.a); ders., BB 1980, 1497, 1498; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 114; insoweit auch *Frey*, ZGR 1988, 281, 285.

²⁰⁴⁶ *Frey*, ZGR 1988, 281, 285; *GroßkommentarHGB-Habersack*, § 145 Rn. 21.

²⁰⁴⁷ Vgl. etwa *Hopt-Volhard/Tischbirek*, Form. II.E.2. § 10 V Anm. 22 i.V.m. Form. II.B.3., § 8 IV Anm. 8.

²⁰⁴⁸ Vgl. oben **3. Kapitel: I.4.a)aa(5), S. 210**. Aufgrund der Simultaninsolvenz bei der echten GmbH & Co. KG als Normalfall ergibt sich freilich die Auflösung der KG schon aus §§ 161 II, 131 I Nr. 3 bzw. II Nr. 1 HGB, vgl. zur Simultaninsolvenz oben **2. Kapitel: V.2.a)aa(5)(b)(bb)157**.

Einen Sonderfall nimmt insoweit wiederum auch die Auflösung der GmbH wegen Vermögenslosigkeit nach §§ 60 I Nr. 7 GmbHG i.V.m. § 141 a FGG ein, vgl. schon oben Fn. **1979** sowie **2003**. Während die für den Fall der tatsächlichen Vermögenslosigkeit früher von der h. M. entsprechende Anwendung des § 131 Nr. 4 HGB a. F. die Auflösung der KG zur Folge hatte (vgl. *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 117), führt die Vermögenslosigkeit der GmbH über §§ 161 II, 131 II 1 Nr. 2 HGB i.V.m. § 141 a III 1 i.V.m. I FGG die Auflösung der KG nach der neuen Rechtslage nurmehr dann herbei, wenn auch diese die Voraussetzung der Vermögenslosigkeit erfüllt, § 141 a III 2 FGG, vgl. *Baumbach/Hueck*, HGB, § 131 Rn. 16; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 25; *Michalski-Nerlich*, § 60 Rn. 383. Dies wird allerdings bei der besonderen Konstellation der echten GmbH & Co. KG immer der Fall sein; es wird sogar vielmehr so sein, dass die Vermögenslosigkeit der KG diejenige der GmbH nach sich zieht, vgl. oben Fn. **2003**. Auch die KG erlischt dann liquidationslos, es sei denn, nach der Löschung stellt sich heraus, dass doch noch verteilungsfähiges Vermögen vorhanden ist, *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 25.

²⁰⁴⁹ Aus diesem Grund konnte oben die analoge Anwendung des § 131 III 1 Nr. 1 HGB offengelassen werden, vgl. **3. Kapitel: I.4.a)aa(4), S. 209**.

²⁰⁵⁰ Vgl. Österr. OGH, Urteil vom 1.7.1976, GesRZ 1976, 126, 128 f.; *Brönner/Bünz*, GmbH & Co. KG, D. I., S. 240; *Westermann*, *Personengesellschaftsrecht*, Rn. I 614; *Wieland*, *Handelsrecht I*, § 85 C.II.9.

²⁰⁵¹ RG, Urteil vom 13.11.1928, RGZ 122, 253, 257; Urteil vom 12.2.1929, RGZ 123, 289, 294; BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 181 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.1976, DNotZ 1976, 619, 620 f.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.7.1982, BB 1982, 1689; OLG Hamburg, Urteil vom 13.3.1987, GmbHR 1987, 481; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 27 i.V.m. Rn. 20; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 18; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 656; *Heymann-Horn*, HGB, § 177 Rn. 2; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 45; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 584; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 11 f.; *MünchHandbuchKG-Schmid*, § 49 Rn. 24; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 60 Rn. 11; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 115; vgl. auch Begründung zum RegE HRefG, BT-Ds. 13/8444, S. 66.

(2) Fortführung der KG durch die Komplementär-GmbH in Liquidation

Unstimmigkeiten gibt es jedoch im Hinblick auf die Frage, ob die GmbH – nunmehr als Liquidationsgesellschaft – die Geschäfte der KG fortführen kann. Für die Lösung dieser Frage muss man näher auf die dogmatischen Wurzeln des Problems eingehen. Bereits vor der Neufassung des § 131 HGB wurde vertreten, dass diese Problematik außerhalb des § 131 Nr. 4 HGB a. F., der zur Auflösung auch der KG führte, zu lösen sei. Ansatzpunkt sei, dass diese Bestimmung gänzlich auf natürliche Personen zugeschnitten sei und daher eine Übertragung auf die Komplementär-GmbH als juristische Person ausscheide. So sei schon die Vollbeendigung nicht unter die Bestimmung des § 131 Nr. 4 HGB a. F. zu subsumieren, weil der Normzweck dieser Bestimmung darauf gerichtet sei, die Mitgesellschafter vor einer Beteiligung unwillkommener Erben zu schützen, also einer Situation, die im Falle einer juristischen Person gerade nicht eintreten könne.²⁰⁵²

Letzterem Argument kann zwar nach der Neufassung des § 131 HGB nicht mehr gefolgt werden, da nach § 131 III 1 Nr. 1 HGB nunmehr der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters zu dessen Ausscheiden führt, die Erben folglich gerade nicht mehr in die Gesellschafterstellung eintreten, was nach der Altfassung Grund für die gesetzliche Auflösung der Gesellschaft war.²⁰⁵³ Dennoch ist dieser Auffassung im Ergebnis beizupflichten, jedenfalls, soweit die Anwendung des § 131 Nr. 4 HGB a. F. bzw. § 131 III 1 Nr. 1 HGB n. F. in Frage steht.²⁰⁵⁴ Wenn sich auch der Zweck der Bestimmung für eine Begründung nicht mehr heranziehen lässt, so folgt dies zumindest aus der Tatsache, dass der Tod eines Gesellschafters schon tatbestandlich nicht mit der Auflösung oder Vollbeendigung einer juristischen Person vergleichbar ist. Während es sich beim Tod eines Gesellschafters als natürlicher Person um einen unumstößlich feststellbaren Sachverhalt handelt, ist dies für den Fall einer juristischen Person gerade nicht der Fall. Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, ist die Frage der Vollbeendigung eine äußerst diffizile Angelegenheit.²⁰⁵⁵ Wenn schon die Vollbeendigung somit kaum im Bereich des § 131 HGB angesiedelt werden kann, so muss dies a maiore ad minus erst recht für den Fall der bloßen Auflösung einer juristischen Person als persönlich haftender Gesellschafterin einer KG gelten. Kern der Problematik kann daher nicht die Auslegung des § 131 HGB sein, sondern Ansatzpunkt ist vielmehr die Frage, wie die vom Gesetzgeber hinterlassene Gesetzeslücke zu schließen ist.²⁰⁵⁶

Konsequenz der Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 131 III 1 Nr. 1 HGB ist jedoch nur, insoweit in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, dass die bloße Auflösung mangels Wegfalls des einzigen Komplementärs auch nicht zur Auflösung der KG führt. Es kann vielmehr eine werbende GmbH & Co. geben, deren Geschäfte der Liquidator der GmbH führt, der auch die gerichtliche Vertretung übernimmt.²⁰⁵⁷ Geschäftsführer ist de iure die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin, §§ 114, 164²⁰⁵⁸, de facto deren Geschäftsführer nach § 35 GmbHG, im hier vorliegenden Fall jedoch nur, wenn sie auch Liquidatoren nach § 66 GmbHG

²⁰⁵² *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1498 f.; ders. GmbHR 1980, 261 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 VI.1.a); ders., ZHR 153 (1989), 270, 279; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 23, 29, 32; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115; zustimmend *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 66; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 22. Ähnlich argumentierte die herrschende Meinung zu § 131 Nr. 4 a. F., „Neue Gesellschafter werden ihnen (den Mitgesellschaftern: Anmerkung des Verfassers) aber nicht aufgedrängt, wenn eine GmbH ... aufgelöst wird.“, BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 182. So wurde allerdings nur für den Fall der Auflösung argumentiert.

²⁰⁵³ Vgl. *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 40 ff. Nach der alten Rechtslage ging die Mitgliedschaft nach § 1922 BGB auf den oder die Erben über, so dass die Gesellschaft von sämtlichen Gesellschaftern, also auch den nachgerückten Erben, zu liquidieren war. Der Grund für die Auflösung war letztlich daraus zu erklären, dass der für eine Personengesellschaft erforderliche gemeinsame Zweck (§§ 105 III HGB, 705 BGB) auch an die Person der Mitgesellschafter geknüpft war, *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 40; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 23.

²⁰⁵⁴ Insbesondere ist auch die von der h. M. als Bestätigung ihrer Linie durchweg herangezogene Entscheidung des Reichsgerichts vom 12.2.1929, RGZ 123, 289 ff., keineswegs zwingend im Sinne der h. M. zu verstehen, wie *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1499 eingehend dargelegt hat. So befasste sich die Entscheidung nicht mit der hier in Frage stehenden Problematik, sondern vielmehr mit der Frage, „ob für das Schicksal der Mitgliedschaftsrechte der Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft dem Tod einer natürlichen Person der Untergang einer Aktiengesellschaft durch sofortige Verschmelzung mit einer anderen Aktiengesellschaft unter Ausschluss der Liquidation...gleichzustellen ist“, RGZ 123, 289, 293. Der Auflösung der KG stand hier schon § 177 HGB entgegen. Das RG führt zwar aus, die Vollbeendigung der AG stehe als Untergang der juristischen Person „mit dem Tod einer natürlichen Person auf einer Stufe“, während die bloße Auflösung einer AG dem Tod einer natürlichen Person „gewiß für die Frage der Beendigung und des Schicksals der Mitgliedschaft einer Aktiengesellschaft als Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft...nicht gleichzusetzen“ ist, RGZ 123, 289, 294. Doch stellt dies nur den unbestreitbaren Grundsatz klar, dass eine aufgelöste juristische Person im Gegensatz zum Erblasser an der KG beteiligt bleibt, vgl. *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1499. So führt das RG auch aus: „Ohne Zweifel beendet die Auflösung einer Aktiengesellschaft weder ihre Rechtspersönlichkeit noch ihre Mitgliedschaft bei anderen solchen Verbänden oder Gesellschaften“, RGZ 123, 289, 294. Die Frage, ob die Personengesellschaft werbende Gesellschaft bleibt, wird gar nicht behandelt. Insofern ist auch das Abstellen der h. M. auf die Urteile des Reichsgerichts vom 21.12.1915, RGZ 87, 408 und vom 13.11.1928, RGZ 122, 253 fraglich, da diese Entscheidungen Besonderheiten des Genossenschaftsrechts behandeln und sich vor allem nicht mit der hier relevanten Frage der Auflösung der Genossenschaft beschäftigen, sondern vielmehr mit dem Schicksal einer aufgelösten Genossenschaft in einer fortbestehenden anderen Genossenschaft (vgl. RGZ 87, 408, 411 sowie RGZ 122, 253, 257), *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1499.

²⁰⁵⁵ Ausführlich *Schmidt*, Vollbeendigung, S. 118 f.

²⁰⁵⁶ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 VI.1.a).

²⁰⁵⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 181 f.; OLG Frankfurt, Urteil vom 14.5.1976, DNotZ 1976, 619, 620 f.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.7.1982, BB 1982, 1689; OLG Hamburg, Urteil vom 13.3.1987, GmbHR 1987, 481; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 27 i.V.m. Rn. 20; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 18; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co Rn. 664; *Heymann-Horn*, HGB, § 177 Rn. 2; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 45; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 88; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 12 MünchHandbuchKG-Schmid, § 49 Rn. 24; *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 60 Rn. 11; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 115.

²⁰⁵⁸ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 164 Rn. 1.

sind.²⁰⁵⁹ Dies ist notwendige Konsequenz der Tatsache, dass sich der Sachverhalt unter keine der Alternativen des § 131 HGB subsumieren lässt.

(3) Ablehnung eines eigenen Aulösungstatbestandes

Fraglich ist, ob die Gesetzeslücke für den Fall der typischen GmbH & Co. KG, bei der die GmbH einzige Komplementärin ist,²⁰⁶⁰ nicht dahingehend zu schließen ist, dass man in der Auflösung der Komplementär-GmbH einen eigenen, nicht in § 131 HGB enthaltenen, weil vom Gesetzgeber nicht bedachten, Aulösungstatbestand sieht.²⁰⁶¹ Es sprechen zwar in der Tat gewichtige Argumente für diese Auffassung. So ist zuzugeben, dass jedenfalls die dauernde Geschäftsführung der weiterhin werbenden KG durch den Liquidator der Komplementär-GmbH unbefriedigend ist. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass die hier vertretene Meinung letztlich zu der Konsequenz führt, dass zwar die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das GmbH-Vermögen nach § 60 I Nr. 4 1. Hs. GmbHG die Auflösung auch der KG nach sich zieht, § 131 III 1 Nr. 2 HGB, nicht aber die Ablehnung des Verfahrens mangels Masse.²⁰⁶² Die KG würde zudem auch dann als werbende Gesellschaft mittels des Liquidators der GmbH fortgeführt, wenn die GmbH schwere Satzungsängel iSd. §§ 75 GmbHG, 144 I 2, 144 a FGG aufweist oder im Falle der EinmannGmbH die Stammeinlage entgegen § 19 IV GmbHG nicht erbracht ist und daher die Gesellschaft aufgelöst ist, vgl. § 77 GmbHG i.V.m. § 75 GmbHG bzw. §§ 60 I Nr. 6 GmbHG i.V.m. §§ 144 a, b FGG.²⁰⁶³

Diese Argumente lassen sich jedoch vielfach entkräften. So kann der Vergleich zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das GmbH-Vermögen und deren Ablehnung, die nach § 60 I Nr. 4 und 5 GmbHG die GmbHG auflösen aber nur im Hinblick auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch für die KG in § 131 III 1 Nr. 2 HGB eine korrespondierende Bestimmung finden, nicht halten. Der Grund für die Auflösung auch der KG ergibt sich nicht unmittelbar aus § 131 III 1 Nr. 2 HGB, da dieser nur zum Ausscheiden der GmbH führt, sondern nur mittelbar daraus, dass mit dem Ausscheiden der GmbH die einzige Komplementärin wegfällt.²⁰⁶⁴ Zudem resultiert die Auflösung auch der KG im Falle der echten GmbH & Co. KG schon aus §§ 161 II, 131 I Nr. 3 HGB, da aufgrund der besonderen Konstellation nur eine Simultaninsolvenz denkbar ist.²⁰⁶⁵ Die übrigen Argumente mögen zwar unbefriedigend sein, sind aber als solche hinzunehmen. Dies gilt insbesondere auch für die Fälle des Art 12 § 1 der GmbH-Novelle 1980,²⁰⁶⁶ nach dem mit Ablauf des 31. Dezember 1985 alle GmbHs mit weniger als 50000 DM Stammkapital aufgelöst waren. In diesen Fällen mögen zwar Zweifel besonders angebracht sein,²⁰⁶⁷ doch kann daraus nicht der zwingende Schluss gezogen werden, dass die Auflösung der GmbH auch die KG in das Liquidationsstadium versetzt, zumal auch der Gesetzgeber eine derartige Schlussfolgerung nicht gezogen hat.²⁰⁶⁸ Es darf gerade nicht übersehen werden, dass bei Annahme eines weiteren Auflösungsgrundes das gesellschaftsrechtlich Wünschenswerte an die Stelle des gesellschaftsrechtlich Möglichen gesetzt wird. Die in § 131 HGB genannten Auflösungsgründe haben grundsätzlich abschließenden Charakter.²⁰⁶⁹ Auch, wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass dies kein Grundsatz ohne Ausnahmen ist, die insbesondere aus spezifisch personengesellschaftlichen Gründen zu machen sind,²⁰⁷⁰ scheidet eine Erweiterung des § 131 HGB jedenfalls hinsichtlich der

²⁰⁵⁹ Mangels gegenteiliger Bestimmung sind die Geschäftsführer ohne weiteren Beststellungsakt so genannte geborene Liquidatoren, *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, § 66 Rn. 12.

²⁰⁶⁰ Vgl. zur Terminologie oben 71.

²⁰⁶¹ So *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1498 ff.; ders. *GmbHR* 1980, 261, 261 f.; ders. *ZHR* 153 (1989), 270, 279; ders., *Gesellschaftsrecht*, § 56 VI.1.a); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 32, § 177 Rn. 5; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115; zustimmend *Roth/Altmeppen-Altmeppen*, § 60 Rn. 66; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 22.

²⁰⁶² Vgl. zur Frage einer entsprechenden Anwendung des § 131 III 1 Nr. 2 HGB auch für den Fall der Ablehnung mangels Masse aber oben 2. **Kapitel: V.2.a)aa)(4), S. 154.**

²⁰⁶³ Vgl. zu dieser Kritik *Karsten Schmidt*, BB 1980, 1497, 1499 f.; ders., *ZHR* 153 (1989), 270, 279; ders., *Gesellschaftsrecht*, § 56 VI.1.a); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 32; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115.

²⁰⁶⁴ Vgl. oben 3. **Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210.**

²⁰⁶⁵ Vgl. oben 2. **Kapitel: V.2.a)aa)(5)(b)(bb), S. 157.**

²⁰⁶⁶ Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 4.7.1980, BGBl. I 1980, S. 836. Vgl. ausführlich dazu sowie zu den ähnlichen Fällen in § 57 DM-Bilanzgesetz, im Einigungsvertrag sowie § 22 TreuhandG, *Scholz-Karsten Schmidt*, 8. Auflage, § 60 Rn. 33 a ff.

²⁰⁶⁷ Vgl. *Karsten Schmidt*, *ZHR* 153 (1989), 270, 279 f.; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115.

²⁰⁶⁸ OLG Hamburg, Urteil vom 13.3.1987, *GmbHR* 1987, 481.

²⁰⁶⁹ BGH, Urteil vom 14.12.1972, WM 1973, 863, 864; Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 179; Urteil vom 25.11.1981, BGHZ 82, 323, 326; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 6; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 27; vgl. i. Ü. die umfassenden Nachweise bei *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 28, Fn. 72.

²⁰⁷⁰ Richtigerweise muss wohl davon ausgegangen werden, dass die Auflösungsgründe nur insoweit erschöpfend sind, als es um einen Rückgriff auf allgemeine Aulösungstatbestände des allgemeinen Bürgerlichen Rechts geht, *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 28. So können vor allem gesellschaftsvertraglich weitere Gründe vorgesehen werden, da die Bestimmungen des § 131 I, II HGB insoweit nicht abschließen sind, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 74; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 13; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 28. Ebensowenig erfasst sind die Fälle des liquidationslosen Erlöschens, weil nur ein Gesellschafter übrig bleibt, *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 28 i.V.m. 11, vgl. schon oben 3. **Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210.** Ebenso anerkannt sind spezifische personengesellschaftsrechtliche Gründe. So führt gerade auch der Wegfall des letzten/einzigen Komplementärs zur Auflösung der KG, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 6 f.; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 13; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 30; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 6, vgl. vor allem oben 3. **Kapitel: I.4.a)aa)(5)(c), S. 211.** Zudem können sich auch aus Sondergesetzen weitere Auflösungsgründe ergeben, vgl. insoweit *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 6, 8; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 131 Rn. 13; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 29; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 6.

bloßen Auflösung der GmbH aus. Wenn *Karsten Schmidt*²⁰⁷¹ letztlich einen allgemeinen Auflösungsstatbestand dahingehend formuliert, dass eine Auflösung immer dann erfolgen müsse, wenn eine der Normativbestimmungen wegfällt, die für den Rechtsträgerstatus der Handelsgesellschaft konstitutiv sind, geht dies für den vorliegenden Fall zu weit. Zum einen ist der Begriff der Normativbestimmungen grundsätzlich dem Recht der juristischen Personen gewidmet²⁰⁷², zum anderen ist auch kein gesellschaftsrechtlicher Grund gegeben, der eine Auflösung rechtfertigen würde. *Karsten Schmidt* übersieht hier, dass die Gründe, die eine Erweiterung des § 131 HGB rechtfertigen, in der Vollbeendigung der Gesellschaft zu suchen sind. Eine auf dem Begriff der Normativbestimmungen basierende Auflösung ist nur dann gerechtfertigt, wenn tatsächlich eine dieser Bestimmungen fehlt. Dies ist für den Fall der Vollbeendigung der einzigen Komplementär-GmbH im Hinblick auf § 161 HGB unproblematisch. Es ist jedoch nicht verständlich, wie auch die bloße Auflösung im Hinblick auf die Normativbestimmungen eine Auflösung rechtfertigen soll, zumal die GmbH dadurch lediglich in das Liquidationsstadium versetzt wird.

Darüber hinaus gerät eine andere Auffassung in einen Begründungsnotstand, da bei Auflösung der KG diese grundsätzlich durch sämtliche Gesellschafter, also auch die Kommanditisten²⁰⁷³ zu liquidieren wäre, §§ 161 II, 146 HGB, was grundsätzlich nicht interessengerecht ist.²⁰⁷⁴ Die hier abgelehnte Meinung kann sich insoweit nur damit behelfen, dass sie zumindest im Falle der personenidentischen GmbH & Co. KG annimmt, es sei davon auszugehen, dass die Kontinuität der Geschäftsleitung in der Auflösung gelten solle, da die Bestimmung des § 146 HGB im Zweifel abbedungen sei, so dass die GmbH-Komplementärin Liquidatorin der KG ist.²⁰⁷⁵ Selbst wenn Motiv für die hier vertretene Ablehnung der Auflösung der KG bei Auflösung der Komplementär-GmbH die Umgehung der Problematik des § 146 HGB ist, wie vor allem dem BGH hinsichtlich seines Urteil vom 8.10.1979²⁰⁷⁶ vorgeworfen wird²⁰⁷⁷, so darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei Auflösung auch der KG die Vertretung durch sämtliche Gesellschafter die nach dem Gesetz eintretende Rechtsfolge ist. Mangels ausdrücklicher Regelung fehlt für die Annahme einer Amtskontinuität der Geschäftsleitung in der Auflösung der KG eine Rechtsgrundlage, welche der Bestimmung des § 146 HGB vorgeht.²⁰⁷⁸ Die Beantwortung der Frage nach einer Rechtsgrundlage mit dem Hinweis auf die Verzahnung der Gesellschaftsverträge und somit auf die gesellschaftsvertragliche Auslegung²⁰⁷⁹ ist doch eher Indiz dafür, dass es eigentlich keine gesetzliche Rechtfertigung für diese Annahme gibt. Wenn die Gesellschafter eine Amtskontinuität auch im Falle der Liquidation anstreben, so ist es ihnen zuzumuten, aus Gründen der Rechtsklarheit eine entsprechende Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.²⁰⁸⁰

Probleme tauchen auch in den Fällen auf, in denen sich Gesellschafter den Auflösungsstatbestand zunutze machen wollen.²⁰⁸¹ Nach Ansicht *Karsten Schmidts*²⁰⁸² könne dieser Problematik auch über die Treupflichten und Fortsetzungspflichten begegnet werden. Praktikabler ist es dann aber doch, schon den Auflösungsstatbestand zu verneinen.

Letztlich spricht entscheidend für die hier vertretene Auffassung die Reform des Handelsrechts. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis des Streitstands keinen weiteren Änderungsbedarf gesehen und gerade nicht die Bestimmung des § 131 I, II HGB um einen entsprechenden Auflösungsstatbestand erweitert.²⁰⁸³ Die GmbH ist somit zwar aufgelöst, aber durch ihren Liquidator noch handlungsfähig. Dass dies nicht immer interessengerecht sein mag, kann die Annahme eines neuen Auflösungsgrundes nicht rechtfertigen. Die verbleibenden KG Gesellschafter können der GmbH die Komplementärverantwortung nach §§ 161 II, 117, 127 HGB entziehen und wohl auch nach

²⁰⁷¹ *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 278 f.

²⁰⁷² Dies erkennt auch *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 279, Fn. 51; vgl. allgemein zu diesem Begriff *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 II.5. sowie § 34 II.2.

²⁰⁷³ Dies ist nämlich von vorherigen Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnissen unabhängig, BGH, Urteil vom 24.9.1982, WM 1982, 1170; OLG Frankfurt, Urteil vom 19.10.1987, GmbHR 1988, 68 f.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 146 Rn. 2; Ebenroth/Boujong/Joost-Hillmann, HGB, § 146 Rn. 2; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 46 Rn. 10; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 146 Rn. 2.

²⁰⁷⁴ Dieses Argument scheint zwar hinsichtlich der echten GmbH & Co. KG, bei der die GmbH lediglich aus Gründen der Haftungsbegrenzung aufgenommen wird und die eigentliche Macht letztlich von den Kommanditisten ausgeübt wird, die mit den Gesellschaftern der GmbH beteiligungs- und personenidentisch sind, auf den ersten Blick nicht stichhaltig. Doch darf nicht übersehen werden, dass bei dieser Konstellation die Gesellschafter an die Vertragsgestaltung und damit vor allem an die Vertretung der KG durch die GmbH und damit faktisch deren Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) besondere Anforderungen stellen, so dass die gewählte Vertretungsregelung gerade ihren Interessen entspricht. Dies impliziert den Wunsch nach einer Kontinuität der Unternehmensführung auch und gerade im Falle der Liquidation, vgl. näher unten **3. Kapitel: I.4.a)bb)(4)(b)(bb), S. 217**.

²⁰⁷⁵ *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 280, 290 f.; ders., GmbHR 1994, 829, 834; ders., GmbHR 2002, 1209, 1214 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 VI.1.b); Schlegelberger-*Karsten Schmidt*, HGB, § 146 Rn. 14; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115 i.V.m. § 66 Rn. 59; gleiches soll für reine Publikumsgesellschaften und körperschaftliche verfasste GmbH & Co. KGs gelten, Roth/Altmeppen-*Altmeppen*, § 66 Rn. 24; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 66 Rn. 59; zustimmend für den Fall der körperschaftlich strukturierten GmbH & Co. KG und bei Publikumsgesellschaften BayObLG, Beschluss vom 5.11.1992, NJW-RR 1993, 359, 360; zustimmend für den Fall der personenidentischen GmbH & Co. KG GroßkommentarHGB-*Habersack*, § 146 Rn. 13; zustimmend für den Fall der Publikumsgesellschaft Röhrich/Graf von Westphalen-von *Gerkan*, HGB, § 146 Rn. 3. Vgl. zu den angesprochenen Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 10.

²⁰⁷⁶ BGHZ 75, 178.

²⁰⁷⁷ *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 280; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115.

²⁰⁷⁸ Michalski-*Nerlich*, § 66 Rn. 109; Rowedder/Schmidt-Leithoff-*Rasner*, § 66 Rn. 33.

²⁰⁷⁹ Vgl. Roth/Altmeppen-*Altmeppen*, § 66 Rn. 24; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 66 Rn. 59.

²⁰⁸⁰ Michalski-*Nerlich*, § 66 Rn. 109.

²⁰⁸¹ Vgl. hierzu OLG Hamburg, Urteil vom 13.3.1987, GmbHR 1987, 481.

²⁰⁸² *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 279 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 25.9.1986, BGHZ 98, 276, 280 sowie Urteil vom 23.3.1987, NJW 1987, 3192; Scholz-*Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115.

²⁰⁸³ Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 12. Daran hat sich auch durch die Insolvenzrechtsreform vom 1.1.1999 nichts geändert, da die Frage, ob auch die KG aufgelöst ist, wenn nur ihre Komplementär-GmbH aufgelöst ist, nach wie vor nicht gesetzlich geklärt ist, *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. KG Rn. 666.

§§ 161 II, 140 HGB²⁰⁸⁴ aus der KG ausschließen, da die Auflösung der GmbH wegen der damit verbundenen Ausrichtung ihrer Tätigkeit auf Abwicklung des Gesellschaftsvermögens regelmäßig einen wichtigen Grund im Sinne dieser Vorschriften darstellt. Für eine Auflösung der KG besteht somit gar kein Bedarf. Für die Kommanditisten besteht zudem, wie auch für die Komplementär-GmbH, die Möglichkeit, Auflösungsklage nach § 133 HGB zu erheben.²⁰⁸⁵ Im Falle des Ausschlusses der Komplementär-GmbH müssen die Gesellschafter allerdings, wenn sie die Gesellschaft fortsetzen wollen, insoweit Vorsorge treffen, als bei Wegfall des einzigen Komplementärs die Gesellschaft grundsätzlich aufgelöst wird.²⁰⁸⁶

Für die Auflösung der KG besteht somit aufgrund der ausreichenden gesetzlichen Möglichkeiten kein Grund.²⁰⁸⁷ Im Übrigen ist es Aufgabe der Vertragsgestaltung, eine interessengerechte Lösung zu finden, so dass für eine Rechtsfortbildung kein Raum ist. Zwar ist der Gegenauffassung zuzugeben, dass wegen der persönlichen Komplementärhaftung der GmbH nach §§ 161 II, 128 HGB eine sinnvolle Abwicklung der GmbH im Hinblick auf § 73 GmbHG ohne eine gleichzeitige Abwicklung auch der KG kaum möglich ist.²⁰⁸⁸ Doch rechtfertigt dies nicht zwingend eine Rechtsfortbildung, zumal Verbindlichkeiten einer Vollbeendigung nach der hier vertretenen Auffassung nicht entgegenstehen,²⁰⁸⁹ mithin also die GmbH durchaus auch vor der KG beendet sein kann.²⁰⁹⁰ Letztlich handelt es sich daher für den Fall der bloßen Auflösung der Komplementär-GmbH nur um eine vermeintliche Gesetzeslücke, die sich schon mit dem bestehenden dispositiven Recht „schließen“ lässt.

Es ist somit in der Tat, wie *Nerlich* annimmt,²⁰⁹¹ im Ergebnis eine Erledigung des alten Streits eingetreten. Denn eine Auflösung auch der KG kann sich nach der neuen Rechtslage – falls der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung enthält – nurmehr aus einem Wegfall des einzigen Komplementärs infolge Vollbeendigung ergeben, da § 131 III 1 Nr. 1 HGB n. F. lediglich zum Ausscheiden des Gesellschafters führt.

(4) Gesellschaftsvertragliche Gestaltung

(a) Auflösung der KG bei Auflösung der Komplementär-GmbH

Auch wenn nach den obigen Ausführungen eine Rechtsfortbildung des § 131 HGB durch Annahme eines eigenen Auflösungsstatbestandes ausscheidet, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtslage für die Gesellschafter gerade deshalb unbefriedigend sein kann. Es ist daher Aufgabe der Vertragsgestaltung, bereits im Vorfeld dafür zu sorgen, dass die durch die Auflösung der GmbH ausgelösten Rechtsfolgen den Interessen der Gesellschafter entsprechen.

Es muss somit im Gesellschaftsvertrag eine Regelung aufgenommen werden, nach der schon die bloße Auflösung der GmbH die Auflösung auch der KG zur Folge hat.²⁰⁹² Dies ist unproblematisch möglich und stellt keinen Verstoß gegen den grundsätzlich abschließenden Charakter der Auflösungsgründe nach § 131 I, II HGB dar.²⁰⁹³

Die gesellschaftsvertragliche Festlegung weiterer Auflösungsgründe ist anerkannt, da sich der erschöpfende Charakter der Regelung grundsätzlich darauf beschränkt, allgemeine Auflösungsgründe aus dem bürgerlichen Recht auszuschließen.²⁰⁹⁴ Zu denken ist auch an die Möglichkeit, dass die Komplementär-GmbH im Falle ihrer Auflösung aus der KG ausscheidet. Auch dies kann nach § 131 III 1 Nr. 5 HGB unproblematisch vereinbart werden.²⁰⁹⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch in letzterem Fall mit Ausscheiden der GmbH als einziger

²⁰⁸⁴ Bzw. entsprechend der gesellschaftsvertraglichen Ausschlussklausel, vgl. hierzu oben **2. Kapitel: V.1.b)ff(3), S. 133** sowie **2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146**.

²⁰⁸⁵ BGH, Urteil vom 8.10.1979, BGHZ 75, 178, 182; OLG Hamburg, Urteil vom 13.3.1987, GmbHR 1987, 481; *Brönnner/Rux/Wagner* Rn. 675; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 665 und zur Annahme eines wichtigen Grundes bei Auflösung der GmbH insbesondere Rn. 662; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 88; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 12; MünchHandbuchKG-Schmid, § 49 Rn. 23 f.; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 115. Die Möglichkeit der Auflösungsklage ist jedoch aufgrund der hier vertretenen Einräumung eines außerordentlichen Austrittsrechts – vgl. oben **2. Kapitel: IV.1.c)bb), S. 53** – nicht unbeschränkt möglich, vgl. unten **3. Kapitel: I.4.c)aa(2), S. 221**.

²⁰⁸⁶ Vgl. zur Problematik des Wegfalls des einzigen Komplementärs oben **3. Kapitel: I.4.a)aa(5)(c), S. 211**.

²⁰⁸⁷ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 665.

²⁰⁸⁸ Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 131 Rn. 32; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 115.

²⁰⁸⁹ Vgl. zu diesem Problem oben **3. Kapitel: I.4.a)aa(3), S. 209**.

²⁰⁹⁰ Dies erkennt auch *Karsten Schmidt*, Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 38; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2002, 1209, 1217, wenn auch für den Fall der Abwicklung beider Gesellschaften.

²⁰⁹¹ Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 381.

²⁰⁹² *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 114 i.V.m. Rn. 666; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 584; Beck'sches Handbuch-Watermeyer, § 12 Rn. 158; solange die Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, empfiehlt auch *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115 eine entsprechende Vertragsklausel.

²⁰⁹³ Vgl. zum grundsätzlichen abschließenden Charakter die Nachweise oben Fn. **2069**.

²⁰⁹⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 74; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 131 Rn. 28; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 131 Rn. 13; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 28; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 131 Rn. 6; vgl. zu den Ausnahmen ausführlich oben Fn. **2070**.

²⁰⁹⁵ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 666; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 584; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 29 Rn. 15; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115; vgl. auch die Begründung zum Referentenentwurf ZIP 1996, 1485, 1489. Es stellt sich in diesem Fall auch nicht das Problem, dass den Gesellschaftern über die Formulierung dieses Ausscheidensgrundes freie Hand für einen beliebigen Ausschluss gegeben würde, da die Auflösung der Komplementär-GmbH als wichtiger Grund einzuordnen ist. Die Formulierung der Nr. 5 und 6 des § 131 III 1 HGB darf nämlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass entsprechend dem Verständnis zu § 138 HGB a. F. – vgl. hierzu etwa *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 138 Rn. 10 – der Gesetzgeber durch die Regelung des § 131 III 1 Nr. 5, 6 HGB nicht die Möglichkeiten der Ausschließung von Gesellschaftern durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss erleichtern wollte, vgl. Begründung RegE HRefG BT-Ds. 13/8444, S. 65; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 131 Rn. 25; *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 53. Es muss daher zumindest ein sachlicher Grund gefordert werden, *Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz*, HGB, § 131 Rn. 53 sowie vor allem oben zu § 131 III 1 Nr. 6 HGB schon **2. Kapitel: V.1.c)aa), S. 146**.

Komplementärin die Kommanditgesellschaft aufgelöst ist. Es entsteht eine Kommanditistengesellschaft in Liquidation. Die Kommanditisten können die Gesellschaft in das Stadium einerwerbenden GmbH & Co. KG zurück versetzen, wenn sie einen neuen Komplementär aufnehmen oder eigens zu diesem Zweck eine neue Komplementär-GmbH gründen. Ansonsten wird bei werbender Tätigkeit aus der aufgelösten KG kraft Rechtsformzwangs eine OHG.²⁰⁹⁶ Beide Varianten kommen somit zu dem Ergebnis der Auflösung auch der KG. Ein Unterschied besteht allerdings insofern, als im Falle des Ausscheidens der Komplementär-GmbH nach der hier vertretenen Auffassung eben nur eine Kommanditistengesellschaft in Liquidation entsteht, während im Falle der Formulierung eines eigenen Auflösungsstatbestands die GmbH an der Liquidation der KG teilnimmt.²⁰⁹⁷ Zu bevorzugen ist schon wegen dieser streitigen Frage die Formulierung eines eigenen Auflösungsstatbestandes, zumal diese auf direktem Wege zur Auflösung der KG führt, wohingegen ein Ausscheiden der zu liquidierenden GmbH nur indirekt über den Wegfall der einzigen Komplementärin eine Auflösung der KG bewirkt.²⁰⁹⁸

(b) Koordination der Abwicklung beider Gesellschaften

(aa) Gewährleistung einer sinnvollen Abwicklung der KG

Rechtsfolge ist somit, dass beide Gesellschaften zu liquidieren sind, wenn die Gesellschafter sich nicht dazu entschließen, die Gesellschaft(en) wieder in das werbende Stadium zurückzuführen. Dies zwingt jedoch dazu, die Liquidation beider Gesellschaften zu koordinieren. Zu berücksichtigen ist, dass aufgrund der weiterhin persönlichen Haftung der zu liquidierenden GmbH deren sinnvolle Abwicklung schlecht möglich ist, bevor nicht die KG abgewickelt ist. Im Hinblick auf § 73 GmbHG sollte daher die GmbH nicht vor der KG mit der Folge – jedenfalls bei tatsächlicher Vermögenslosigkeit – der Vollbeendigung gelöscht werden.²⁰⁹⁹

(bb) Bestimmung des Liquidators der KG

Koordinierungsbedarf besteht insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung der Liquidatoren beider Gesellschaften. Dass sich Gesellschaftsverträge aus nahe liegenden Gründen nicht mit der Frage der Liquidation befassen,²¹⁰⁰ darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Aufnahme in die Satzung zu empfehlen ist, zumal die Rechtslage in beiden Gesellschaften verschiedenen Prinzipien folgt, die eine Anpassung umso dringlicher machen.

Die Bestimmungen beider Gesellschaften unterscheiden sich dahingehend, dass geborene Liquidatoren der GmbH nach § 66 I GmbHG grundsätzlich die bisherigen Geschäftsführer sind,²¹⁰¹ während die Liquidation der KG von sämtlichen Gesellschaftern als geborenen Liquidatoren, mithin auch den Kommanditisten,²¹⁰² durchzuführen ist, §§ 161 II, 146 HGB. Das Problem würde sich in Wohlgefallen auflösen, wenn die Kommanditisten zu Geschäftsführern der Komplementär-GmbH bestellt würden.²¹⁰³ Diese Regelung verbietet sich jedoch bei mehreren Kommanditisten schon aus Praktikabilitätsgründen.

Sowohl die Bestimmung des § 66 I GmbHG als auch diejenige des § 146 I 1 HGB lassen allerdings ausdrücklich auch eine abweichende gesellschaftsvertragliche Bestimmung zu. Fraglich ist, welche Regelung zu treffen ist. Die Gesellschafter haben die Wahl zwischen der Übernahme des in § 66 I GmbHG zum Ausdruck kommenden Prinzips der Kontinuität des Amtes²¹⁰⁴ durch Abbedingung des § 146 I HGB im Wege einer gesellschaftsvertraglichen Bestellung der GmbH (vertreten durch ihren Geschäftsführer bzw. Liquidator, § 66 I GmbHG) oder einer Abbedingung des § 146 I HGB durch eine Übertragung der Liquidation alleine auf die Kommanditisten.²¹⁰⁵ Es spricht viel für eine Übertragung auf die GmbH und damit indirekt deren Geschäftsführer als Liquidatoren, da diese die Geschicke der KG bereits vor deren Auflösung gelenkt haben und deren Wahl die Interessen der Gesellschafter, die mit den Kommanditisten im Falle der hier diskutierten echten GmbH & Co. KG identisch sind, widerspiegeln, so dass von einem Interesse nach Amtskontinuität auszugehen ist.²¹⁰⁶

²⁰⁹⁶ Schlitt, NZG 1998, 580, 584; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 53 V.1.a).

²⁰⁹⁷ Vgl. zur Problematik des Ausscheidens des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters und deren Konsequenzen ausführlich oben 3. Kapitel: I.4.a)aa)(5), S. 210.

²⁰⁹⁸ Vor allem ist dies auch im Hinblick auf die Amtskontinuität im Rahmen der koordinierten Abwicklung beider Gesellschaften unerlässlich, vgl. sogleich 3. Kapitel: I.4.a)bb)(4)(b)(bb), S. 217.

²⁰⁹⁹ Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261, 264; Scholz-Karsten Schmidt, § 74 Rn. 38. Dennoch stehen Verbindlichkeiten allein einer Vollbeendigung zeitlich vor der KG nicht entgegen, wenn ansonsten kein Vermögenswert mehr vorhanden ist, vgl. hierzu oben 3. Kapitel: I.4.a)aa)(3), S. 209. Vgl. zur Frage der Vollbeendigung der KG unten 3. Kapitel: I.4.b)bb), S. 218.

²¹⁰⁰ Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261, 264; ders., Gesellschaftsrecht, § 56 VI.1.a).

²¹⁰¹ Hachenburg-Hohner, § 66 Rn. 8; Scholz-Karsten Schmidt, § 66 Rn. 4; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 66 Rn. 12.

²¹⁰² Dies ist nämlich von vorherigen Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnissen unabhängig, BGH, Urteil vom 24.9.1982, WM 1982, 1170; Baumbach/Hopt, HGB, § 146 Rn. 2; Ebenroth/Boujong/Joost-Hillmann, HGB, § 146 Rn. 2; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 46 Rn. 10; Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 146 Rn. 2; vgl. schon oben Fn. 2073.

²¹⁰³ Vgl. für den Fall einer EinheitsGmbH & Co. KG Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261, 266. Vgl. zur EinheitsGmbH & Co. KG unten 3. Kapitel: II.1, S. 229.

²¹⁰⁴ Vgl. zu diesem Begriff Michalski-Nerlich, § 66 Rn. 109; Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261, 264.

²¹⁰⁵ Vgl. zu diesen Alternativen Karsten Schmidt, GmbHR 1980, 261, 264; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 115. Für die zweite Variante wäre natürlich die Regelung des Ausscheidens der GmbH nach § 131 III 1 Nr. 5 HGB im Falle ihrer Auflösung der einfachste Weg. Doch ist diese Lösung aus obigen Gründen – vgl. 3. Kapitel: I.4.a)bb)(4)(a), S. 216 – abzulehnen.

²¹⁰⁶ Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 679; so auch Brönnner/Rux/Wagner Rn. 676. Insofern wird also nicht das Interesse nach Amtskontinuität bestritten, sondern nur der Weg, auf dem dieses Interesse zu befriedigen ist. Hier wird der Weg der Vertragsgestaltung

cc) Klauselformulierung

Der KG-Vertrag muss sowohl die Problematik der Vollbeendigung als auch der bloßen Auflösung der Komplementär-GmbH berücksichtigen. Zugleich ist in diesem Zusammenhang auch an das Ausscheiden der Komplementär-GmbH in anderen Fällen zu denken,²¹⁰⁷ da die Problematik des Ausscheidens des einzigen Komplementärs mit der Folge einer Kommanditistengesellschaft in Liquidation ein generelles Problem ist.

§ 25

Liquidation der Gesellschaft

- (1) Die Gesellschaft wird aufgelöst:
 - a) in den gesetzlich bestimmten Fällen
 - b) wenn die Komplementär-GmbH aus der Gesellschaft ausscheidet, es sei denn die verbleibenden Gesellschafter gründen innerhalb von 2 Monaten ab dem Ausscheiden der Komplementär-GmbH eine neue GmbH und nehmen diese als Komplementärin in die KG auf
 - c) wenn die Komplementär-GmbH aufgelöst wird
- (2) Im Falle der gleichzeitigen Auflösung auch der Komplementär-GmbH ist die Vollbeendigung der KG vor derjenigen der Komplementär-GmbH zu betreiben..
- (3) Die Liquidation ist nach den gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmen, es sei denn, die Gesellschafter beschließen mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen eine andere Art der Abwicklung.
- (4) Liquidator der GmbH & Co. KG ist im Falle ihrer Auflösung die Komplementär-GmbH.²¹⁰⁸

b) Auswirkungen der Auflösung der KG auf die Komplementär-GmbH

Wie dargelegt, ist das Schicksal der KG nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls nicht ipso iure an die Auflösung ihrer Komplementär-GmbH geknüpft. Noch nicht geklärt ist damit die umgekehrte Frage der Auswirkungen der Auflösung der KG auf ihre Komplementär-GmbH, die es im Folgenden zu untersuchen gilt.

aa) Grundsätzliche Unabhängigkeit der Auflösung der GmbH

Die Auflösung der Komplementär-GmbH richtet sich nach § 60 GmbHG, dessen Abs. 1 die wichtigsten Auflösungsgründe auflistet. Die Auflösung der Kommanditgesellschaft ist darin nicht als Auflösungsgrund enthalten. Einigkeit herrscht daher insoweit, als die Auflösung der KG auf ihre Komplementärin grundsätzlich nur dann Auswirkungen hat, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, § 60 II GmbHG. Ansonsten nimmt die GmbH an der Auflösung der KG teil.²¹⁰⁹

bb) Möglichkeit der Auflösung der GmbH durch Urteil, §§ 60 I Nr. 3, 61 GmbHG

Fraglich ist, ob nicht auch ohne vertragliche Regelung Fälle denkbar sind, in denen die Auflösung der KG zumindest indirekt Auswirkungen auf diejenige der Komplementär-GmbH hat.²¹¹⁰ Zu berücksichtigen ist insbesondere die Tatsache, dass es sich bei der hier besprochenen echten GmbH & Co. KG²¹¹¹ um einen Spezialfall handelt, da die Gesellschafter in beiden Gesellschaften sogar hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse übereinstimmen und die GmbH keine eigenwirtschaftliche Tätigkeit entfaltet, sondern sich ihr Zweck und ihre Betätigung allein darin erschöpfen, Komplementärin der GmbH & Co. KG zu sein. So kann man jedenfalls davon ausgehen, dass für diese Fälle, in denen der Zweck der GmbH auf die Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben in der werbenden KG beschränkt ist, dieser Zweck jedenfalls dann unmöglich wird und somit die GmbH-Gesellschafter zur Auflösungsklage nach §§ 60 I Nr. 3, 61 GmbHG berechtigt sind, wenn die KG voll abgewickelt ist.²¹¹²

Die Vollbeendigung der KG tritt ein, wenn die Schulden der KG beglichen sind und etwaiges, verbleibendes Gesellschaftsvermögen unter den Gesellschaftern verteilt ist.²¹¹³ Solange noch Liquidationsmasse vorhanden ist,

eingeschlagen und kein Automatismus, wie ihn *Karsten Schmidt* vertritt, vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 280, 290 f.; ders., GmbHR 1994, 829, 834; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 146 Rn. 14; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 115 i.V.m. § 66 Rn. 59 sowie ausführlich oben **3. Kapitel: I.4.a)bb)(3), S. 214**.

²¹⁰⁷ Vgl. etwa oben **2. Kapitel: IV.1.d), S. 59**, Fn. 609.

²¹⁰⁸ *Karsten Schmidt*, GmbHR 1980, 261, 264; Liquidatoren sind somit grundsätzlich die Geschäftsführer der GmbH, § 66 I GmbHG. Vgl. zum Sonderfall der Simultaninsolvenz oben **2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(c), S. 158**.

²¹⁰⁹ *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rn. 46; *Brönnner/Rux/Wagner* Rn. 675; *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. Rn. 674; *Schlegelberger-Martens*, HGB, § 161 Rn. 123; *Michalski-Nerlich*, § 60 Rn. 379; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 86; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 45 Rn. 64; *MünchHandbuchKG-Schmid*, § 49 Rn. 24; *Karsten Schmidt*, GmbHR 1980, 261, 262; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 105; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 113.

²¹¹⁰ Eine Sonderstellung liegt freilich im Falle der Vermögenslosigkeit vor, da dies aufgrund der Verknüpfung beider Gesellschaften notwendig auch zur Vermögenslosigkeit der GmbH führt, vgl. ausführlich oben zur Insolvenzen **2. Kapitel: V.2.a)aa)(5)(b)(bb), S. 157**.

²¹¹¹ Vgl. zur Terminologie oben **1. Kapitel: IV.1, S. 5**.

²¹¹² *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 45 Rn. 65. Vgl. zum Konkurrenzverhältnis der Auflösungsklage zu Ausschließung und Austritt unten **3. Kapitel: I.4.c)bb), S. 222**.

²¹¹³ RG, Urteil vom 2.2.1926, JW 1926, 1432, 1433; BGH, Urteil vom 21.6.1979, WM 1979, 913, 914; BayObLG, Beschluss vom 18.11.1982, BB 1983, 82; OLG Hamm, Beschluss vom 3.7.2003, DB 2003, 2381, 2382; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 157 Rn. 1; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH &

kann die Vollbeendigung nicht eintreten. Eine andere Auffassung ließe sich nur über die Anerkennung subjektloser Rechte²¹¹⁴ bzw. einer Universalsukzession bei unberechtigter Löschung der Gesellschaft erklären, was dem geltenden Recht fremd ist.²¹¹⁵ Die Löschung nach § 157 HGB ist dagegen für den Eintritt der Vollbeendigung nicht erforderlich, sie hat lediglich rechtsbekundende, deklaratorische und keine konstitutive Wirkung.²¹¹⁶ Es ist gerade nicht – wie bei juristischen Personen – ein Doppeltatbestand zu fordern,²¹¹⁷ weil bei Gesamthandsgesellschaften – sofern sie überhaupt in das Handelsregister eingetragen werden – weder Eintragung noch Löschung Bedeutung für den Bestand des Verbandes haben.²¹¹⁸ Findet sich nach der Schlussverteilung noch Gesellschaftsvermögen, so muss eine Nachtragsliquidation durchgeführt werden, während das bloße Bestehen von Verbindlichkeiten einer Vollbeendigung dagegen nicht entgegensteht.²¹¹⁹

Fraglich ist dagegen, ob der Gesellschaftszweck auch dann schon unmöglich ist und mithin die Auflösungsklage rechtfertigt, wenn die KG lediglich aufgelöst ist. Nach überwiegender Meinung ist dies jedenfalls dann möglich, wenn der Gesellschaftszweck auf die Geschäftsführungsaufgaben in der werbenden KG beschränkt ist.²¹²⁰ Es sprechen die besseren Argumente für die Auffassung, die nur die Vollbeendigung als Anlass für eine Gestaltungs-klage ausreichen lässt. Den Gesellschaftszweck auf die Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben in der werbenden Gesellschaft zu begrenzen, ist zu eng, zumal die GmbH in der Abwicklungsphase als Liquidatorin der KG diese zu beenden hat, mithin noch nicht von Unmöglichkeit der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gesprochen werden kann.²¹²¹

Co. KG, § 46 Rn. 2; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 11 V.6.a); *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 155 Rn. 52; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, § 157 Rn. 5.

²¹¹⁴ Vgl. hierzu eingehend *Hohner*, Subjektlose Rechte.

²¹¹⁵ *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 297.

²¹¹⁶ RG, Urteil vom 2.2.1926, JW 1926, 1432, 1433; BGH, Urteil vom 21.6.1979, WM 1979, 913, 914; BayObLG, Beschluss vom 18.11.1982, BB 1983, 82; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 155 Rn. 52; *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 298.

²¹¹⁷ Vgl. oben 3. Kapitel: 1.4.a)aa)(1)(b)(bb), S. 207.

²¹¹⁸ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 11 V.6.a).

²¹¹⁹ BGH, Urteil vom 21.6.1979, WM 1979, 913, 914; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 155 Rn. 14; *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG, § 46 Rn. 68; *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 297; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, § 157 Rn. 5. Für die Löschung wegen Vermögenslosigkeit ist dies nunmehr in § 145 III HGB ausdrücklich vorgesehen.

Strittig ist allein, was unter Vermögen zu verstehen ist, vgl. hierzu ausführlich *GroßkommentarHGB-Habersack*, § 149 Rn. 22 ff., § 155 Rn. 7 ff.; *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 294 ff.; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 149 Rn. 19 ff. Nach herrschender Meinung ist alleine das Aktivvermögen aus liquiden Mitteln der Gesellschaft maßgeblich, mithin das aus Einlagen und Gewinnen gebildete, so genannte Reinvermögen. Es muss zwischen Einlagen und Nachschüssen differenziert werden. Nach h. M. können ausstehende Einlagen nur zur Begleichung von Gesellschaftsschulden eingefordert werden, da sie in diesen Fällen für die Abwicklung erforderlich sind, mithin Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter darstellen und daher an der Liquidation teilnehmen. Maßgeblich ist, ob sie für die Tätigkeit der Liquidationsgesellschaft bzw. die Gläubigerbefriedigung erforderlich sind, nur in diesen beiden Fällen ist die Einforderung Aufgabe der Liquidatoren. Demgegenüber soll es in den Fällen, in denen die Einlagen nur Ausgleichszahlungen unter den Gesellschaftern dienen, die Einforderung nur dann in die Abwicklung fallen und somit einer Vollbeendigung der Gesellschaft entgegenstehen, wenn die Liquidatoren hierzu besonders beauftragt sind, BGH, Urteil vom 14.11.1977, NJW 1978, 424; Urteil vom 3.7.1978, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 5.11.1979, ZIP 1980, 192, 194; Urteil vom 21.11.1983, NJW 1984, 435; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 149 Rn. 3; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 149 Rn. 6; *Heymann-Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, § 149 Rn. 6.

Im Hinblick auf Nachschüsse, sei es zur Berichtigung von Gesellschaftsschulden nach §§ 161 II, 105 III HGB, 735, Satz 1, 1. Alt. BGB, oder zur Rückerstattung von Einlagen nach §§ 161 II, 105 III HGB, 735 Satz 1, 2. Alt. BGB geht die überwiegende Meinung davon aus, dass es sich hierbei nur um den Ausgleich von Haftungsbeiträgen unter den Gesellschaftern bzw. den Ausgleich von Fehlbeträgen handelt, mithin Ansprüchen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander und nicht im Verhältnis zur Gesellschaft, so dass dies wiederum nur dann Aufgabe der Liquidatoren ist, wenn sie hierzu ermächtigt sind, BGH, Urteil vom 28.11.1957, BGHZ 26, 126, 133; Urteil vom 14.4.1966, WM 1966, 706; OLG Köln, Urteil vom 16.11.1990, DStR 1991, 1228; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 149 Rn. 3, § 155 Rn. 2; *Hueck*, S. 520 f.; *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, § 149 Rn. 2, § 155 Rn. 4; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 149 Rn. 11 allerdings nur für den Fall der Rückerstattung von Einlagen (§ 735 Satz 1, 2. Alt. BGB), nicht hinsichtlich der Berichtigung von Gesellschaftsschulden (§ 735 Satz 1, 1. Alt. BGB).

Dies trägt jedoch dem Umstand der Rechtssubjektivität der Personengesellschaft zu wenig Rechnung, da diese selbst Träger der Rechte und Pflichten ist, §§ 161 II, 124 HGB, *GroßkommentarHGB-Habersack*, § 124 Rn. 3 ff. Die h. M. basiert auf der Überlegung, dass es sich bei dem Gesellschaftsvermögen um Sondervermögen der Gesellschafter handelt. Es ist dagegen vielmehr davon auszugehen, dass auch die aufgelöste Gesellschaft Träger von Rechten und Pflichten ist und somit vor allem auch der Ansprüche, die dem Ausgleich der Gesellschafter untereinander dienen. Es handelt sich dabei sowohl bezüglich der Einlagen als auch vor allem hinsichtlich der Nachschüsse im Sinne des § 735 Satz 1 BGB um Sozialansprüche der Gesellschaft bzw. Sozialverbindlichkeiten, vgl. zu diesen Begriffen *MünchKomm-Ulmer*, § 705 Rn. 162, 166. Die Liquidatoren haben nach §§ 154, 155, 157 HGB die Vollbeendigung der Gesellschaft herbeizuführen. Diese ist allerdings so lange nicht eingetreten, wie zumindest noch Sozialansprüche bestehen. Es handelt sich somit nicht um reguläre Ansprüche der Gesellschafter untereinander, sondern es liegt lediglich ein Fall der actio pro socio vor, vgl. zur actio pro socio *Baumbach/Hopt*, HGB, § 109 Rn. 32. Anders ist es nur in den Fällen, in denen die Gesellschafter den § 735 BGB abbedungen haben und den Ausgleich selbst in die Hand genommen haben, *Soergel-Hadding*, § 735 Rn. 5 für GbR; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 149 Rn. 10 für den Fall des § 735 Satz 1, 1. Alt. BGB; *GroßkommentarHGB-Habersack*, § 149 Rn. 23 f., § 155 Rn. 9; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 52 IV.1.; ders., ZHR 153 (1989), 270, 295 f.; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 149 Rn. 22, 29.

Der Streit wird jedoch im Falle der Liquidation einer GmbH & Co. KG insoweit entkräftet, als der Hauptunterschied zwischen beiden Ansichten die Behandlung von Ansprüchen aus § 735 BGB ist. Aufgrund der auf ihr Stammkapital beschränkten Haftung der GmbH scheiden solche Ansprüche jedoch regelmäßig aus, zumal die Kommanditisten grundsätzlich nach § 167 III HGB nicht verlustausgleichspflichtig sind, *Karsten Schmidt*, ZHR 153 (1989), 270, 297 Fn. 158.

²¹²⁰ *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co. KG Rn. 674; *Michalski-Nerlich*, § 60 Rn. 379; *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner*, § 60 Rn. 86; *Karsten Schmidt*, GmbHR 1980, 261, 262; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 60 Rn. 105; *Hachenburg-Ulmer*, § 60 Rn. 113.

²¹²¹ *Sudhoff-Schlitt*, GmbH & Co. KG § 45 Rn. 64.

cc) Konkordante Auflösung der GmbH durch KG-Auflösungsbeschluss

Überwiegend wird zudem vertreten, dass die Auflösung der KG durch Beschluss auch diejenige der GmbH beinhaltet, wenn in beiden Gesellschaften, wie vorliegend, die gleichen Personen beteiligt sind sowie sich das Tätigkeitsfeld der GmbH auf die Wahrnehmung der Funktion des persönlich haftenden Gesellschafters in der KG beschränkt, die GmbH mithin keiner eigenwirtschaftlichen Betätigung nachgeht. Zudem muss der KG-Beschluss auch den Anforderungen an die Auflösung der GmbH gerecht werden, folglich mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen bzw. – bei Abbedingung – mit der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Mehrheit gefasst werden, §§ 60 I Nr. 2 iVm. II GmbHG.²¹²² Letzteres ist schon deshalb unproblematisch, weil sich die Mehrheitsverhältnisse der KG an denen der GmbH orientieren.²¹²³ Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Annahme eines konkordanten Auflösungsbeschlusses nicht zu weitgehend ist. Zwar ist die Tätigkeit der GmbH auf die Geschäftsführung der KG beschränkt. Dies führt jedoch nicht denkbare auch dazu, den Gesellschaftern im Zweifel auch einen Auflösungswillen im Hinblick auf die KG zu unterstellen. Die besondere Ausgestaltung der GmbH & Co. KG allein ist nur ein Indiz. Es ist nämlich auch in diesen Fällen nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschafter die GmbH für einen anderen Zweck bereithalten wollen.²¹²⁴ Eine Auflösung auch der GmbH kann somit nur dann angenommen werden, wenn die durch die Konstruktion der GmbH & Co. KG im vorliegenden Fall in der Tat entstehende Vermutung durch weitere Indizien erhärtet wird.

dd) Vertragsgestaltung

In Anbetracht der umstrittenen Rechtsfolgen der Auflösung der KG auf die GmbH sollte eine Vertragsklausel aufgenommen werden, um Streitigkeiten bereits im Vorfeld zu vermeiden. Es bietet sich dabei an, einen eigenen Auflösungsstatbestand für die GmbH nach § 60 II GmbHG schon für den Fall der Auflösung der KG aufzunehmen, um die Abwicklung beider Gesellschaften zu koordinieren, da dies dem regelmäßigen Interesse der Gesellschafter entspricht. Gleichzeitig sollte jedoch kein Automatismus die Folge sein, sondern auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Gesellschafter die GmbH für eine etwaige Mantelverwendung aufrechterhalten wollen. Es ist daher zu empfehlen, die satzungsmäßige Bestimmung um eine Öffnungsklausel dahingehend zu erweitern, dass die Gesellschafter etwas anderes mit der für die Auflösung der Gesellschaft nach §§ 60 I Nr. 2, II GmbHG erforderlichen Mehrheit beschließen können.

ee) Klauselformulierung

In den Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH ist in etwa folgende Klausel aufzunehmen:

§ 25

Liquidation der Gesellschaft

- (1) *Die Gesellschaft wird aufgelöst:*
 - a) *in den gesetzlich bestimmten Fällen*
 - b) *wenn die KG aufgelöst wird, es sei denn die Gesellschafter beschließen mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen die Aufrechterhaltung als GmbH-Mantel.*
- (2) *Im Falle der gleichzeitigen Auflösung auch der KG, ist die Löschung der Gesellschaft nicht vor derjenigen der KG zu beantragen.*

²¹²² Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 674; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 379; Sudhoff-Schlitt, GmbH & Co. KG, § 45 Rn. 64; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 113.

²¹²³ Vgl. zur Beschlussfassung oben 2. Kapitel: I.3.a)bb), S. 19.

²¹²⁴ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 86. Nach Vollbeendigung der KG wird der Gesellschaftszweck der GmbH unmöglich mit der Folge dass nur noch ein so genannter GmbH-Mantel bleibt, sozusagen die leere Hülse der juristischen Person. Da die GmbH zunächst aktiv am Geschäftsverkehr teilgenommen hat, spricht man im Gegensatz zur so genannten Mantel- oder Vorratsgründung von einem gebrauchten oder alten Mantel. Dieser kann dazu verwendet werden, ein neues wirtschaftliches Unternehmen in der Rechtsform der GmbH ins Leben zu rufen im Wege der so genannten Mantelverwendung. Dies ist nach kaum mehr bestrittener Meinung zulässig und stellt für sich allein keinen Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB dar, vgl. BayObLG, Beschluss vom 24.3.1999, NZG 1999, 666; OLG Hamburg, Urteil vom 23.1.1987, GmbHR 1987, 477; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 14.5.1991, GmbHR 1992, 456; Mayer, NJW 2000, 175 ff.; Michalski-Michalski, § 3 Rn. 21; Mohr, GmbHR 2003, 347, 349; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 6 mit jeweils weiteren Nachweisen. Problematisch wird dies nur dann, wenn die Verwendung des Mantels einer wirtschaftliche Neugründung gleichkommt und eine Umgehung der Gründungsvorschriften droht, vgl. hierzu ausführlich BGH, Beschluss vom 9.12.2002, GmbHR 2003, 227 (Verwendung des Mantels einer VorratsGmbH: Dies sei eine wirtschaftliche Neugründung mit der Folge der entsprechenden Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle) mit Anmerkung Altmeyen, NZG 2003, 145 sowie Meilicke, BB 2003, 857 ff. und Peetz, GmbHR 2003, 229; BGH, Beschluss vom 7.7.2003, WM 2003, 1814, 1815 (Verwendung eines „alten“ Mantels): Der BGH hat hier seine Rechtsprechung zur VorratsGmbH auf die Verwendung eines alten Mantels ausgedehnt – vgl. die Anmerkungen von Gronstedt, BB 2003, 2082, Kallmeyer, DB 2003, 2583; Peetz, GmbHR 2003, 1128 und Thaeter, DB 2003, 2112; Altmeyen, BB 2003, 2050; Goette, DStR 2003, 887, 889 f.; Herchen, DB 2003, 2211; Krafa, ZRG 2003, 577; Michalski-Michalski, § 3 Rn. 24 f.; hierzu ausführlich auch Schaub, NJW 2003, 2125; vgl. zum „Mantelkauf“ auch BFH, Beschluss vom 4.9.2002, GmbHR 2003, 306.

c) Problematik der Auflösungsklage seitens eines Minderheitsgesellschafters

Grundsätzlich haben sowohl der KG- als auch der GmbH-Gesellschafter – jedenfalls sofern dessen Beteiligung mindestens 10 % des Stammkapitals beträgt – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit, gemäß §§ 161 II, 133 HGB bzw. § 61 GmbHG Klage auf Auflösung der Gesellschaft zu erheben. Die Problematik stellt sich jedoch im vorliegenden Fall dann nicht, wenn die Möglichkeit der Auflösungsklage gesellschaftsvertraglich abbedungen ist.

aa) Rechtslage in der KG

Es wurde bereits festgestellt, dass dem Gesellschafter ein außerordentliches Kündigungsrecht anstelle der Auflösungsklage bzw. Auflösungskündigung²¹²⁵ eingeräumt werden kann.²¹²⁶ Damit ist jedoch nicht notwendig die Auflösungsklage oder auch Auflösungskündigung ausgeschlossen. Die Problematik des Austritts eines Gesellschafters ist – schon im Hinblick auf § 140 HGB – nicht der einzig denkbare Sachverhalt, der im Rahmen des § 133 HGB relevant werden kann. Es geht daher im Folgenden darum, festzustellen, in welchem Verhältnis § 133 HGB zu den verwandten, ebenfalls auf einen wichtigen Grund abstellenden, Rechtsinstituten des § 140 HGB sowie des außerordentlichen Austrittsrechts steht.

(1) Verhältnis der Auflösungsklage zur Ausschließung des Gesellschafters

Teilweise wird vertreten, die Ausschließung sei ein besonders schwerer Eingriff und deshalb nur aus besonders gravierenden Gründen zulässig.²¹²⁷ Dem kann allerdings so nicht gefolgt werden, da nur aus der Sicht des Gesellschafters die Ausschließung der weitergehende Eingriff ist, weil er auf eine vertragsmäßige und daher eventuell verminderte Abfindung verwiesen wird. Aus der Sicht der Gesellschaft ist dagegen die Auflösung der schwerere Eingriff.²¹²⁸ Das Verhältnis zwischen Ausschließung und Auflösung der Gesellschaft ist kein quantitatives, sondern vielmehr ein qualitatives: Maßgeblich ist, ob gerade durch den Ausschluss eines oder mehrerer Gesellschafter die Gründe entfallen, die den anderen die Fortsetzung der Gesellschaft unzumutbar machen. Für die Ausschließung ist mit anderen Worten maßgeblich, ob der wichtige Grund²¹²⁹ in der Person des auszuschließenden Gesellschafters eingetreten ist. Es muss den übrigen Gesellschaftern gerade die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem auszuschließenden unzumutbar geworden sein. Alle anderen Gründe können nur die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben oder ein Austrittsrecht des Gesellschafters rechtfertigen.²¹³⁰ Karsten Schmidt spricht bildlich davon, dass ein Ausschließungsgrund gegeben ist, wenn es um den Fall geht, dass in Beziehung auf einen wichtigen Grund „weiße und schwarze Schafe“ unterschieden werden können.²¹³¹ Ist dies der Fall, so ist schon aufgrund des für die Bestimmung des § 133 HGB einschlägigen ultima ratio Prinzips die Auflösungsklage aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen.²¹³² Es besteht somit nach wie vor ein Anwendungsbereich für die Auflösungsklage bzw. Auflösungskündigung.

(2) Verhältnis der Auflösungsklage zum Gesellschafteraustritt aus wichtigem Grund

Aber auch im Verhältnis zum Austrittsrecht aus wichtigem Grund²¹³³ ist die Auflösungsklage bzw. Auflösungskündigung nicht per se ausgeschlossen. Es gilt zwar gerade für die Auflösungsklage das ultima ratio Prinzip, so dass diese Klage ausscheidet, wenn weniger einschneidende, dem die Auflösung begehrenden Gesellschafter gleichwohl zumutbare, Maßnahmen als Abhilfe ausreichen.²¹³⁴ Deshalb ist auch davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Auflösungsklage durch das außerordentliche Austrittsrecht grundsätzlich verdrängt wird, da eine Auflösung jedenfalls dann unverhältnismäßig ist, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft nur einem Gesellschafter unzumutbar ist.²¹³⁵ Dennoch bleibt ein – wenn auch geringer – Anwendungsbereich für die Auflösungsklage. Abgesehen von Fällen, in denen dem Gesellschafter nur eine gegenüber der Liquidation nachteilige Abfindung zuerkannt wird und somit schon ein Verstoß gegen § 133 III HGB gegeben ist,²¹³⁶ kommt zwar bei vollwertiger Abfin-

²¹²⁵ Vgl. zur Möglichkeit, die Auflösungsklage durch eine Auflösungskündigung zu ersetzen oben Fn. 500.

²¹²⁶ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: IV.1.b)dd), S. 50.

²¹²⁷ RG, Urteil vom 18.9.1889, RGZ 24, 136, 138 (zu § 128 ADHGB); BGH, Urteil vom 26.10.1970, WM 1971, 20, 22; Urteil vom 18.10.1976, WM 1977, 500, 502 f.; OLG Hamm, Urteil vom 25.11.1991, DB 1992, 673; Hueck, § 29 I.2.c)β.

²¹²⁸ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 III.1.b).

²¹²⁹ Vgl. zum wichtigen Grund bereits oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(1)(f)(dd), S. 103.

²¹³⁰ Baumbach/Hopt, HGB, § 140 Rn. 5; Heymann-Emmerich, HGB, § 140 Rn. 5; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 140 Rn. 3; Koller/Roth/Morck-Koller, HGB, § 140 Rn. 2; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 5; § 140 Rn. 5; Karsten Schmidt, Mehrseitige Gestaltungsprozesse, S. 53 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 50 III.1.b); Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 140 Rn. 6; vgl. auch BGH, Urteil vom 17.12.1959 – II ZR 32/59, BGHZ 31, 295, 304; Urteil vom 10.6.1065, WM 1965, 1037, 1038.

²¹³¹ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 50 III.1.b).

²¹³² Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 7.

²¹³³ Vgl. hierzu oben 2. Kapitel: IV.1.b)dd), S. 50.

²¹³⁴ BGH, Urteil vom 29.1.1968, WM 1968, 430, 431 f.; Urteil vom 12.5.1977, BGHZ 69, 160, 169; Heymann-Emmerich, HGB, § 133 Rn. 6; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 7; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 133 Rn. 9.

²¹³⁵ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 52 III.4.b).

²¹³⁶ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben 2. Kapitel: IV.1.b)dd), S. 50.

dung ein Verweis auf das Austrittsrecht nur ausnahmsweise nicht in Betracht. § 133 HGB wird aber dann nicht verdrängt, wenn die verbleibenden Gesellschafter ansonsten gerade von ihrem Fehlverhalten profitieren würden, weil ihnen durch den Austritt die Früchte der gemeinsamen Arbeit zufallen.²¹³⁷

bb) Rechtslage in der Komplementär-GmbH

Auch für die GmbH-Gesellschafter bestehen die Möglichkeiten des Austritts,²¹³⁸ der Ausschließung²¹³⁹ und der Auflösungsklage nach § 61 GmbHG grundsätzlich bei wichtigem Grund nebeneinander, so dass sich auch hier das jeweilige Verhältnis zur Auflösungsklage stellt.

(1) Verhältnis der Auflösungsklage zur Ausschließung des Gesellschafters

Für die Abgrenzung der Ausschließung zur Auflösung gelten letztlich keine anderen Gesichtspunkte als schon im Zusammenhang mit der KG erörtert,²¹⁴⁰ was darauf zurückzuführen ist, dass sich die Ausschließung aus der GmbH an den Grundsätzen der Personengesellschaft orientiert.²¹⁴¹ Für die Ausschließung muss somit der wichtige Grund seine Ursache in der Person des auszuschließenden Gesellschafters haben, die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm muss sich als unzumutbar erweisen.²¹⁴² Dagegen setzt die Auflösungsklage voraus, dass die Fortsetzung der Gesellschaft für den oder die klagenden Gesellschafter aus Gründen unzumutbar ist, die in den Verhältnissen der Gesellschaft liegen.²¹⁴³ Da aber gerade in einer personalistischen GmbH,²¹⁴⁴ wie sie auch Gegenstand dieser Arbeit ist, auch Verhältnisse der Gesellschafter auf diejenigen der Gesellschaft durchschlagen können, ist die Abgrenzung allerdings nicht immer einfach.²¹⁴⁵ Die Lösung des Problems liegt letztlich im Grundsatz der Subsidiarität, der die Auflösungsklage nur als äußerstes Mittel zulässt. Es darf somit kein milderer, gleichermaßen geeignetes Mittel zur Lösung der Problematik führen.²¹⁴⁶ Die Auflösungsklage scheidet grundsätzlich dann aus, wenn dem die Auflösung begehrenden Gesellschafter ein in der Gesellschafterversammlung durchsetzbares Ausschließungsrecht gegen einen oder mehrere Gesellschafter zusteht.²¹⁴⁷

(2) Verhältnis der Auflösungsklage zum Gesellschafteraustritt aus wichtigem Grund

Auch das Verhältnis zum außerordentlichen Austrittsrecht erklärt sich über den Grundsatz der Subsidiarität der Auflösungsklage. Demnach geht das Austrittsrecht der Auflösung der Gesellschaft vor.²¹⁴⁸ Es ist zwar auch der Austritt aus der Gesellschaft das letzte Mittel.²¹⁴⁹ Doch gilt dies nicht im Vergleich zur Auflösungsklage, sondern im Verhältnis zur Mitwirkung bei einer Satzungsänderung.²¹⁵⁰ Es kommt somit letztlich darauf an, was unzumutbar ist: Die unveränderte Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses (dann Anpassung) oder die Fortsetzung der Gesellschaft (dann Austritt) oder schließlich der Fortbestand der Gesellschaft. Nur letzteres rechtfertigt die Auflösung. Wie schon bei der KG, ist allerdings die Verweisung auf den Austritt aus der Gesellschaft dem Gesellschafter unzumutbar, wenn dies letztlich dazu führen würde, dass Mitgesellschafter, die selbst einen wichtigen Grund gesetzt haben, die Früchte der Gesellschaft ziehen würden.²¹⁵¹ Der Vorrang des Austrittsrechts wird zwar teilweise relativiert: So soll der Vorrang des Austrittsrechts nur dann gelten, wenn die Mitgesellschafter bereit sind, die Anteile des Klägers zu vollem Gegenwert zu übernehmen. Bereiten sie dagegen bei der Durchsetzung des Abfindungsanspruchs Schwierigkeiten, sei dieses Vorrangverhältnis dagegen nicht anzuerkennen und dem Gesell-

²¹³⁷ Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 133 Rn. 8; Wiedemann, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 53 unter Hinweis auf die Situation bei BGH, Urteil vom 29.1.1968, WM 1968, 430, 432; in diesem Sinne auch Binz, GmbH & Co., § 8 Rn. 38.

²¹³⁸ Vgl. oben 2. Kapitel: IV.1.c)bb), S. 53.

²¹³⁹ Vgl. oben 3. Kapitel: I.3, S. 202.

²¹⁴⁰ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 30 Rn. 59.

²¹⁴¹ Vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(3), S. 133.

²¹⁴² Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 3; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 9; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 10; Scholz-Winter, § 15 Rn. 134.

²¹⁴³ Lutter/Hommelhoff, § 61 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 2; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 16; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 6; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 9.

²¹⁴⁴ Vgl. oben 2. Kapitel: I.3.a)aa)(2), S. 11.

²¹⁴⁵ BGH, Urteil vom 23.2.1981, BGHZ 80, 346, 347 f.; Urteil vom 15.4.1985, GmbHR 1985, 297; Lutter/Hommelhoff, § 61 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 10; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 22; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 11; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 21.

²¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 158; Urteil vom 23.2.1981, BGHZ 80, 346, 348 f.; Lutter/Hommelhoff, § 61 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 2; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 3; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 4; differenzierend Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 61 Rn. 4; ablehnend dagegen van Venrooy, GmbHR 1992, 141, 143.

²¹⁴⁷ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 3; a. A. dagegen Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 61 Rn. 4.

²¹⁴⁸ Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 61 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff, § 61 Rn. 1; Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 11; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 3; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 3; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 5.

²¹⁴⁹ Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 18; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 29 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 36; Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 53; Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 53; Scholz-Winter, § 15 Rn. 120.

²¹⁵⁰ Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 11; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 3; Schwerdtner, GmbHR 1976, 101, 108.

²¹⁵¹ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 3.

schafter letztlich nach angemessener Zeit die Auflösungsklage gestattet.²¹⁵² Dem kann allerdings nicht gefolgt werden, da dadurch die Interessen des auflösungswilligen Gesellschafters zu Lasten der Interessen der verbleibenden Gesellschafter an einer Fortsetzung der Gesellschaft überbewertet werden.²¹⁵³

cc) Verzahnung der Gesellschaftsverträge

Die Auflösungsklage spielt somit zwar eine untergeordnete Rolle, kann aber aufgrund der erheblichen Auswirkungen der Auflösung einer Gesellschaft gerade im Rahmen einer GmbH & Co. KG²¹⁵⁴ für die Vertragsgestaltung nicht außer Betracht gelassen werden. Eine Verzahnung der Lösungsmöglichkeiten dahingehend, dass die Auflösung der einen Gesellschaft nicht ohne die gleichzeitige Auflösung auch der jeweils anderen Gesellschaft betrieben werden kann, ist dabei nicht möglich. Dies scheitert zwar, wenn man – wie schon im Falle der Ausschließung eines Gesellschafters²¹⁵⁵ – auf den personalistischen Charakter der hier gegenständlichen GmbH abstellt, nicht schon daran, dass ein wichtiger Grund in der KG aufgrund der unterschiedlichen gesellschaftlichen Struktur nicht notwendig auch die Auflösung der GmbH zur Folge hat. Die Interessenlage ist hier vielmehr in beiden Gesellschaften auf die Zusammenarbeit der Gesellschafter angelegt. Eine derartige Verzahnung hätte jedoch dennoch die Nichtigkeit einer entsprechenden Klausel zur Folge, da im GmbH-Recht im Gegensatz zu §§ 161 II, 133 HGB die Mindestbeteiligung nach § 61 II 2 GmbHG²¹⁵⁶ zu beachten ist. Eine zusätzliche Regelung, die einen Gleichlauf in beiden Gesellschaften verhindert, ist letztlich auch nicht erforderlich, da auch bei Auflösung nur einer Gesellschaft die Gesellschaftsverträge bereits so gestaltet wurden, dass dies auch die Auflösung der jeweils anderen Gesellschaft zur Folge hat.²¹⁵⁷

Ein anderen Weg geht offenbar *Binz*²¹⁵⁸: Es könne vereinbart werden, dass ein auf Auflösung der Gesellschaft klagender Gesellschafter seine Beteiligung gegen angemessene Abfindung auf die Gesellschaft zu übertragen hat, wobei allerdings vorgesehen werden muss, dass solche Übertragungen auch dann hinsichtlich beider Beteiligungen gleichermaßen zu erfolgen haben, wenn nur gegen eine Gesellschaft auf Auflösung geklagt wird. Wieder andere wollen den Nachteilen des unabdingbaren Minderheitenrechts²¹⁵⁹ dadurch entgehen, dass sie die Einziehung des Geschäftsanteils für den Fall der Klageerhebung in der Satzung vorsehen,²¹⁶⁰ oder die beiden letztgenannten Ansichten kombinieren und die Einziehung für den Fall der Weigerung des Gesellschafters, seinen Geschäftsanteil abzutreten, zulassen.²¹⁶¹

Die Vereinbarkeit derartiger gegen den Kläger zielender Ausschlussklauseln mit dem zwingenden Charakter des § 61 GmbHG ist allerdings im Hinblick auf ihre potenziell einschüchternde Wirkung höchst zweifelhaft. Dies käme letztlich einer pauschalen Verweisung der Minderheit auf das Austrittsrecht gleich.²¹⁶² Dem mit diesen Ausschlussklauseln bestrebt Bestandsschutz wird vielmehr durch den Grundsatz der Subsidiarität²¹⁶³ Rechnung getragen.²¹⁶⁴

*Volhard*²¹⁶⁵ versucht die gerade geäußerten Bedenken durch eine differenzierende Behandlung zu berücksichtigen: Nur die Satzungsklauseln, die ausnahmslos die Einziehung oder Zwangsabtretung der Anteile des Auflösungsklägers vorsehen, seien wegen § 61 GmbHG unwirksam. Dagegen liege keine unzulässige Beschränkung des Minderheitenrechts vor, wenn die Klausel die Einziehung nur bei einer ohne wichtigen Grund erhobenen oder bei einer zwar an sich gerechtfertigten Auflösungsklage, die aber gegenüber einem Austritt, der Ausschließung

²¹⁵² Vgl. Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 4; folgend Meyer-Landrut/Miller/Niehus-Meyer-Landrut, § 61 Rn. 4; in diese Richtung auch MünchHandbuchGmbH-Weitbrecht, § 62 Rn. 10, der die Subsidiarität nur bei bindendem Zugestehen von Austrittsrecht und Abfindungshöhe anerkennt. Weitergehend für die Subsidiarität des Austrittsrechts dagegen noch Balz, Beendigung der Mitgliedschaft, S. 115: Grundsätzlicher Vorrang der Auflösungsklage, es sei denn, die Beteiligungsquote des § 61 II GmbHG wird nicht erreicht; ähnlich auch früher Hachenburg-Ulmer, 7. Auflage, Anh. § 34 Rn 50: Angesichts des lückenfüllenden Charakters des Austrittsrechts und seines Eingreifens als äußerstes Mittel steht hier grundsätzlich der Auflösungsklage der Vorrang zu – er plädiert jedoch im Gegensatz zu Balz für eine flexible Handhabung: So soll die theoretische Subsidiarität des Austrittsrechts nur dann zu beachten sein, wenn die Gesellschaft den Austrittswilligen ausdrücklich auf diese Klage verweist und er die erforderliche Beteiligungsquote erreicht.

²¹⁵³ Michalski-Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 55; dies hat wohl auch Ulmer erkannt, wenn er an anderer Stelle die Ausschlussklage nur noch dann zulassen will, wenn die übrigen Gesellschafter ihn hierauf verweisen, Hachenburg-Ulmer, Anh. § 34 Rn. 54.

²¹⁵⁴ Vgl. ausführlich oben 3. Kapitel: I.4.a)bb)(3), S. 214 sowie 3. Kapitel: I.4.b)bb), S. 218.

²¹⁵⁵ Vgl. oben 3. Kapitel: I.3.c), S. 203.

²¹⁵⁶ Es sei denn die Satzung sieht eine geringere Minderheit vor oder gestattet es jedem Gesellschafter, das Recht auszuüben, BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2165; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 4; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 2, 8; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 4; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 52. Es würde sich dann wiederum die Frage anschließen, inwieweit dadurch das unabdingbare Minderheitsrecht beeinträchtigt wird, vgl. sogleich.

²¹⁵⁷ Vgl. hierzu ausführlich oben 3. Kapitel: I.4.a)bb)(4), S. 216 sowie 3. Kapitel: I.4.b)dd), S. 220.

²¹⁵⁸ *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 13.

²¹⁵⁹ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2165; Lutter/Hommelhoff, § 61 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 1; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 2; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 2; Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 3.

²¹⁶⁰ Ronkel/Fedtke, GmbHR 1968, 26, 31 f.

²¹⁶¹ Schneider/Martin, Familienunternehmen, S. 116 f. Erforderlich wäre dann auch eine entsprechende Gestaltung des KG-Vertrages, vgl. etwa zum Fall der Pfändung oben 2. Kapitel: V.1.c), S. 145.

²¹⁶² BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2165; LG Dresden, Beschluss vom 20.12.1993, GmbHR 1994, 555; Lutter/Hommelhoff, § 61 Rn. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 4; Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 2; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 3; Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 9; a. A. für den Fall eines dem Liquidationserlös gleichwertigen Abfindungsanspruchs dagegen Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 54; in diesem Sinne auch Niemeier, Einziehung, S. 21.

²¹⁶³ Vgl. oben Fn. 2146 und 2148.

²¹⁶⁴ Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 3.

²¹⁶⁵ GmbHR 1995, 617, 621.

oder einer anderen zumutbaren Maßnahme subsidiär sei, vorsehe, da die Klausel dann nur die ohnehin bestehende Rechtslage bestätige. Vor einer entsprechenden Satzungsklausel sollte jedoch schon vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit Abstand genommen werden, da die Registergerichte zwar meist die Eintragung einer Gesellschaft vornehmen. Manche lehnen diese jedoch mit der Begründung ab, die Eintragung sei unzulässig, da die Satzung nichtige Bestimmungen enthalte.²¹⁶⁶

Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Überlegungen auch so genannten Fortsetzungsklauseln entgegenstehen. Es ist wohl wie folgt zu differenzieren: Einigkeit kann dahingehend erzielt werden, als jedenfalls Bestimmungen mit dem Minderheitenschutz nach § 61 GmbHG unvereinbar sind, die die Fortsetzung der Gesellschaft als werbende mit dem Auflösungskläger trotz Rechtskraft des Auflösungsurteils vorsehen, da sie auf eine Beseitigung des zwingenden Auflösungsrechts hinauslaufen.²¹⁶⁷ Streitig ist allerdings, ob dies auch für eine Klausel gilt, die es ermöglicht, die Gesellschaft im Falle einer erfolgreichen Klage mit den fortsetzungswilligen Gesellschaftern unter Abfindung des Klägers fortzusetzen. Teilweise wird vertreten, die Zulässigkeit entsprechender Fortsetzungsklauseln sei unproblematisch, soweit sie den Gesellschafter materiell nicht schlechter stellen, als er im Falle der Liquidation stünde.²¹⁶⁸

Fortsetzungsklauseln müssen allerdings wegen der Überlegungen abgelehnt werden, die schon im Zusammenhang mit der Einziehung und Abtretung im Falle der Erhebung der Auflösungsklage angestellt wurden.²¹⁶⁹ Die Fortsetzung der Gesellschaft kann grundsätzlich eben nur beschlossen werden, wenn die erfolgreichen Kläger sämtlich zustimmen.²¹⁷⁰ Gerade diese Zustimmung würde aber durch eine Satzungsbestimmung vorweggenommen, die bereits vor dem Ergehen eines Auflösungsurteils die Fortsetzung der Gesellschaft festschreibt. Damit wird in den Auflösungsgrund des § 60 I Nr. 3 GmbHG eingegriffen.²¹⁷¹

5. Maßnahmen Dritter: Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Privatgläubigers und Gesellschafterinsolvenz

a) Vorüberlegungen

Trotz der Harmonisierung der Gesellschaftsverträge droht ein Auseinanderfallen der Beteiligungs- und Gesellschafteridentität, wenn der Privatgläubiger die Zwangsvollstreckung nur in eine Gesellschaftsbeteiligung betreibt. Es sollte daher in beiden Gesellschaftsverträgen vorgesehen werden, dass etwa die Einziehung oder Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils dieselbe Folge auch für die KG-Beteiligung hat, mit anderen Worten zum Ausschluss des Gesellschafter bzw. zur Abtretung auch der KG-Beteiligung auf die dieselbe(n) Person(en) in demselben Verhältnis führt und umgekehrt.²¹⁷² Hinsichtlich der Abtretung ist dies ohnehin schon im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Verfügung erfolgt,²¹⁷³ hinsichtlich der Einziehung muss die oben behandelte Verzahnung des Gesellschafterausschlusses²¹⁷⁴ entsprechend auf die Pfändung erweitert werden. Hierfür muss allerdings jeweils ein eigener Einziehungs- bzw. Ausschlussgrund in die Satzung bzw. den KG-Vertrag aufgenommen werden. Denn die Zwangsvollstreckung in nur eine Beteiligung rechtfertigt Maßnahmen seitens der Gesellschafter grundsätzlich auch nur für diesen konkreten Fall. Da jedoch die Einziehung bzw. der Ausschluss dazu führen, dass der betrof-

²¹⁶⁶ Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 7; Volhard, GmbHR 1995, 617, 618; vgl. zu der Problematik, dass die Klausel von der Anmeldung ausgenommen wird und vor allem zu der Frage, ob dazu der Geschäftsführer sowie der Notar befugt sind oder ob es nicht eines Beschlusses der Gesellschafter bedarf LG Dresden, Beschluss vom 20.12.1993, GmbHR 1994, 555; Volhard, GmbHR 1995, 617, 618.

²¹⁶⁷ BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2165; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 4; Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 5; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 54.

²¹⁶⁸ Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 2: Hierfür bestehe ein erhebliches Interesse, weil entsprechende Klauseln verhinderten beiderseitiges Erpressungspotential; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 54.

²¹⁶⁹ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 4; Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 5; a. A. dagegen Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 2, der im Unterschied zu Einziehung und Abtretung derartige Fortsetzungsklauseln zulassen will.

²¹⁷⁰ BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2165; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 61 Rn. 27; Hachenburg-Ulmer, § 61 Rn. 48; differenzierend Scholz-Karsten Schmidt, § 61 Rn. 26: Soweit der wichtige Grund, der für die Auflösung bestimmend gewesen ist, von der Mehrheit beseitigt werden kann, sei eine Fortsetzung auch gegen den Willen des klagenden Gesellschafters möglich, wenn dies dem Kläger zumutbar ist; zustimmend Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 61 Rn. 21; Michalski-Nerlich, § 61 Rn. 54; zustimmend mit der Einschränkung, dass die Rechtskraft des Urteils nicht unterlaufen wird Fichtelmann, GmbHR 2003, 67, 70. Der Mindermeinung zuzugeben ist allerdings, dass sie letztlich einen Gleichlauf mit der Rechtslage in der KG ermöglichen würde, da hier die Möglichkeit der Vereinbarung des Ausscheidens des klagenden Gesellschafters anerkannt ist, wenn die Abfindungsregelung ihn nicht benachteiligt. Dann liegt ein Verstoß gegen § 133 III HGB vor, Baumbach/Hopt, HGB, § 133 Rn. 20; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 133 Rn. 22; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 36, 133 Rn. 46; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 133 Rn. 67; weitergehend MünchHandbuchGbr-Butzer, § 76 Rn. 43: Zulässig, falls keine erheblichen wirtschaftlichen Nachteile; GroßkommentarHGB-Ulmer, 3. Auflage, § 133 Rn. 81: Zulässig, falls die Abfindungsregelung den Kläger nicht unzumutbar benachteiligt.

Weitere Voraussetzungen des Fortsetzungsbeschlusses neben der Zustimmung der Kläger: 1) Beseitigung des zur Auflösung führenden Grundes; 2) Keine Vollbeendigung der Gesellschaft – vgl. hierzu oben 3. Kapitel: I.4.a)aa)(1), S. 205 für die GmbH sowie 3. Kapitel: I.4.b)bb), S. 218 für die KG; 3) Noch kein Beginn mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens auf die Gesellschafter; 4) Vorhandenes Vermögen muss die Verbindlichkeiten der Gesellschaft decken, Fichtelmann, GmbHR 2003, 67 f.; Lutter/Hommelhoff, § 60 Rn. 28 ff.; Michalski-Nerlich, § 60 Rn. 331 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rasner, § 60 Rn. 65 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 60 Rn. 79 ff.; Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, § 60 Rn. 52; Hachenburg-Ulmer, § 60 Rn. 84 ff.; vgl. zur Personengesellschaft Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 30 ff.; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 131 Rn. 4 f.; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 131 Rn. 33 ff.; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 131 Rn. 60 ff.

²¹⁷¹ BayObLG, Beschluss vom 25.7.1978, DB 1978, 2164, 2165.

²¹⁷² Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 26; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 106, 112.

²¹⁷³ Vgl. oben 3. Kapitel: I.2.b), S. 201.

²¹⁷⁴ Vgl. oben 3. Kapitel: I.3.c), S. 203.

fene Gesellschafter an nurmehr einer Gesellschaft beteiligt wäre, ist darin ein Grund zu sehen, der eine entsprechende Maßnahme auch für die andere Gesellschaft rechtfertigt.

Für die Gesellschafterinsolvenz ist die Besonderheit zu berücksichtigen, dass es sich bei § 81 InsO um eine absolut wirkende Verfügungsbeschränkung handelt,²¹⁷⁵ mithin nach der hier vertretenen Auffassung die Abtretung an die Zustimmung des Insolvenzverwalters geknüpft ist.²¹⁷⁶ Scheitert die Abtretung, bleibt nur die Einziehung des GmbH-Anteils unter Neubildung eines Geschäftsanteils und anschließender Abtretung.²¹⁷⁷ Auch für diese Abtretung ist die Vinkulierung nach § 15 V GmbHG (§ 14 des GmbH-Vertrages) zu beachten. Die Zustimmung kann nicht von den Geschäftsführern erteilt werden.²¹⁷⁸ Dass § 14 des GmbH-Vertrages auch auf diesen Fall Anwendung findet, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit im Vertrag abgesichert werden.

Da die Neubildung eines Geschäftsanteils in der in der KG nicht möglich ist, bleibt hier nur die Aufnahme eines neuen Gesellschafters. Diese wurde bereits in § 18 des KG-Vertrags geregelt.²¹⁷⁹ Die Verzahnung beider Verträge setzt jedoch zusätzlich voraus, dass die eine Maßnahme nicht ohne die andere vorgenommen werden kann. Erforderlich ist daher, dass im GmbH-Vertrag die Abtretung des neu gebildeten Anteils an die Aufnahme des Zessionars als Gesellschafter in die KG und im KG-Vertrag die Aufnahme des neuen Gesellschafters an die Abtretung des neu gebildeten GmbH-Geschäftsanteils an eben diesen neuen KG-Gesellschafter geknüpft wird.

b) Klauselformulierung

Die Einziehungsklausel (§ 16 des GmbH-Vertrages) sowie §§ 16 und 18 des KG-Vertrages, die den Ausschluss und die Aufnahme neuer Gesellschafter betreffen sind in etwa folgender Weise zu verzahnen:

Regelung im GmbH-Vertrag:

§ 16 Einziehung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung die Einziehung eines Geschäftsanteils oder eines Teils eines Geschäftsanteils beschließen, wenn
- a) ...
 - b) ein Gläubiger eines Gesellschafters Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteils des Gesellschafters vornimmt und es den Inhabern des Geschäftsanteils nicht binnen 8 Wochen, spätestens bis zur Verwertung des Geschäftsanteils, gelungen ist, die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erreichen. Die Einziehung ist nur wirksam, wenn gleichzeitig der Ausschluss aus der KG erfolgt.
 - c) über das Vermögen eines Gesellschafters das (Nachlass)Insolvenzverfahren eröffnet ist und nicht binnen 8 Wochen wieder aufgehoben wird oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist.
 - d) ...
 - e) und soweit der Geschäftsanteil von einem Gesellschafter gehalten wird, der nicht im gleichen Verhältnis an der KG beteiligt ist
 - f) in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt und gleichzeitig der Ausschluss aus der KG erfolgt
 - g) ...
 - h) ...
- (2)
- (3) ...
- (4) ...
- (5) Im Einziehungsbeschluss selbst oder auch in einem weiteren Beschluss kann die Gesellschafterversammlung eine Anpassung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter an das unverändert gebliebene Stammkapital beschließen, indem die Nennbeträge um den auf die verbleibenden Gesellschafter entfallenden Teil des eingezogenen Geschäftsanteils erhöht werden. Die von der Gesellschafterversammlung beschlossene Aufstockung wird den verbleibenden Gesellschaftern durch die Geschäftsführung mittels eingeschriebenen Briefs erklärt und mit dessen Zugang wirksam. Stattdessen kann die Gesellschafterversammlung auch die Neubildung eines Geschäftsanteils anstelle des ein-

²¹⁷⁵ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(1)(b)(aa), S. 164.

²¹⁷⁶ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(3), S. 168.

²¹⁷⁷ Vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(2)(b), S. 168.

²¹⁷⁸ Hachenburg-Hohner, § 33 Rn. 61; Lutter/Hommelhoff, § 33 Rn. 16; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 33 Rn. 51; Michalski-Sosnitza, § 33 Rn. 68; a. A. Scholz-Westermann, § 33 Rn. 38; Winkler, GmbHR 1972, 73, 79, die davon ausgehen, dass die Zustimmung im Abtretungsvertrag liegt. Dies kann nicht richtig sein, wenn die Zustimmung der Gesellschafterversammlung obliegt, vgl. oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(cc), S. 65. Vgl. dagegen zu der äußerst strittigen Frage, ob die Geschäftsführer bei der Veräußerung eigener Anteile auch dann Beschränkungen im Innenverhältnis unterliegen, wenn der Gesellschaftsvertrag von der Möglichkeit des § 15 V GmbHG keinen Gebrauch gemacht hat, ausführlich Hachenburg-Hohner, § 33 Rn. 63 ff.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 33 Rn. 23; MünchHandbuchGmbH-Kort, § 27 Rn. 41; Lutter/Hommelhoff, § 33 Rn. 15; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Pentz, § 33 Rn. 51 f.; Michalski-Sosnitza, § 33 Rn. 65; Scholz-Westermann, § 33 Rn. 38;

²¹⁷⁹ Vgl. zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters oben 2. Kapitel: V.2.b)cc), S. 171.

gezogenen beschließen. Für die Neubildung ist eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen erforderlich. Im Falle der Abtretung des neu gebildeten Geschäftsanteils durch die Gesellschaft findet § 14 Absatz 1 bis 5 mit der Maßgabe Anwendung, dass an die Stelle des Gesellschafters in § 14 Absatz 2 a) der oder die Geschäftsführer tritt/treten. Bei Abtretung an zur Übernahme bereite Gesellschafter ist zur Teilung des Geschäftsanteils eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich. Im Übrigen bleibt § 17 GmbHG unberührt. Der neu gebildete Geschäftsanteil kann bei gleichzeitigem Ausschluss des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters auch aus der KG ganz oder teilweise nur dann wirksam abgetreten werden, wenn zugleich der oder die Erwerber in die KG mit demselben Beteiligungsverhältnis als Gesellschafter aufgenommen werden.²¹⁸⁰

- (6) Soweit die Einziehung eines Geschäftsanteils gemäß Absatz 1 zulässig ist, ist die Gesellschafterversammlung unwiderruflich ermächtigt, stattdessen in notariell beurkundeter Form die Übertragung des Geschäftsanteils oder von Teilen davon auf die Gesellschaft, auf Mitgesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung oder einem anderen von den übernehmenden Mitgesellschaftern gewünschten Verhältnis, oder auf einen Dritten beschließen. Absätze 3 und 4 finden entsprechende Anwendung. § 14 gilt mit Ausnahme dessen Absatz 2, soweit er etwaige darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse enthält. Bei Abtretung an zur Übernahme bereite Gesellschafter ist zur Teilung des Geschäftsanteils eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich. Im Übrigen bleibt § 17 GmbHG unberührt. Die Abtretung an einen an der Beschlussfassung nicht beteiligten Erwerber wird erst wirksam, wenn der Erwerber das in dem notariellen Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot in notarieller Form annimmt. Die Mitgesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger trifft bei Abtretung des Geschäftsanteils an sie eine Übernahmepflicht.

Die Abtretung des Geschäftsanteils in den Fällen des Absatz 1 c) bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Insolvenzverwalters. Absatz 5 Sätze 3 bis 8 bleiben unberührt.

- (7) ...²¹⁸¹

Regelung im KG-Vertrag:

§ 16

Ausschließung

- (1) Die Gesellschaft kann in ihrer Gesellschafterversammlung den Ausschluss eines Gesellschafters beschließen, wenn
- a) ...
 - b) ein Gläubiger eines Gesellschafters Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Geschäftsanteil des Gesellschafters vornimmt und es den Inhabern des Geschäftsanteils nicht binnen 8 Wochen, spätestens bis zur Verwertung des Geschäftsanteils, gelungen ist, die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erreichen. Der Ausschluss ist nur wirksam, wenn gleichzeitig die Einziehung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH beschlossen wird.
 - c) über das Vermögen eines Gesellschafters das (Nachlass)Insolvenzverfahren eröffnet ist und nicht binnen 8 Wochen wieder aufgehoben wird oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist. Dies gilt nicht für die Komplementär-GmbH. Diese bleibt Gesellschafterin der nach § 25 Absatz 1 a) aufgelösten KG.²¹⁸²
 - d) ...
 - e) und soweit der Geschäftsanteil von einem Gesellschafter gehalten wird, der nicht im gleichen Verhältnis an der Komplementär-GmbH beteiligt ist
 - f) in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt und gleichzeitig die Einziehung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH erfolgt
 - g) ...
 - h) ...
- (2) ...
- (3) ...
- (4) ...
- (5) Soweit der Ausschluss eines Gesellschafters gemäß Absatz 1 zulässig ist, ist die Gesellschafterversammlung unwiderruflich ermächtigt, stattdessen die Übertragung des Geschäftsanteils oder von Teilen davon auf Mitgesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligung oder einem anderen von den übernehmenden Mitgesellschaftern gewünschten Verhältnis, oder auf einen Dritten beschließen. Absätze 3 und 4 finden entsprechende Anwendung. § 14 gilt mit Ausnahme dessen Absatz 3, soweit er etwaige darüber hinausgehende Zustimmungserfordernisse enthält. Die Abtretung an einen an der Beschlussfassung nicht beteiligten Erwerber wird erst wirksam, wenn der Erwerber das in dem Gesellschafterbeschluss enthaltene Abtretungsangebot annimmt. Die Mitgesellschafter bzw. deren Rechtsnachfolger trifft bei Abtretung des Geschäftsanteils an sie eine Übernahmepflicht.

²¹⁸⁰ Vgl. § 18 des KG-Vertrags oben 2. Kapitel: V.2.b)cc)(2), S. 173.

²¹⁸¹ Vgl. zu Absätzen 2, 4, 7 oben 2. Kapitel: V.1.b)hh), S. 144; vgl. zu Absatz 3 oben 2. Kapitel: V.2.b)bb)(5), S. 170.

²¹⁸² Vgl. unten 3. Kapitel: I.4.a)cc), S. 218. Die Komplementär-GmbH ist selbst aufgelöst nach § 25 Absatz 1 a) des GmbH-Vertrages [vgl. unten 3. Kapitel: I.4.b)ee), S. 220] i.V.m. § 60 I Nr. 4, 5 GmbHG. Es sind hier die Besonderheiten der Simultaninsolvenz zu beachten, vgl. oben 2. Kapitel: V.2.b)aa)(2), S. 161.

Die Abtretung des Geschäftsanteils in den Fällen des Absatz 1 c) bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Insolvenzverwalters. Verweigert der Gesellschafter die Zustimmung, so bleibt die Möglichkeit, nach Ausschluss des betroffenen Gesellschafters einen neuen Gesellschafter nach § 18 in die Gesellschaft aufzunehmen.

(6) ...²¹⁸³

§ 18

Aufnahme neuer Gesellschafter

Die Gesellschafterversammlung kann die Aufnahme neuer Gesellschafter beschließen. Der Abschluss des Aufnahmevertrags mit dem neuen Gesellschafter erfolgt durch die Geschäftsführung. In den Fällen des § 16 Absatz 1 kann die Aufnahme bei gleichzeitiger Einziehung des GmbH-Anteils des betroffenen Alt-Gesellschafters wirksam nur dann erfolgen, wenn zugleich die Neubildung des eingezogenen GmbH-Anteils sowie die Übertragung des neu gebildeten Anteils auf den aufgenommenen Gesellschafter mit demselben Beteiligungsverhältnis erfolgt.

6. Tod eines Gesellschafters

a) Vorüberlegungen

Die Beteiligungs- und Personenparallelität droht nicht nur durch die rechtsgeschäftliche Verfügung auseinanderzubrechen, sondern vielmehr auch durch den Tod eines Gesellschafters, genauer durch seine Verfügung von Todes wegen. Dem Bestreben nach Erhaltung der vormaligen Strukturen würde es freilich entsprechen, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wird, dass der Geschäftsanteil jeweils nur zusammen mit dem anderen Geschäftsanteil in dem gleichen Verhältnis an dieselbe(n) Person(en) vererbt werden kann. Doch kommt der Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung keine erbrechtliche Wirkung zu, da aufgrund der Testierfreiheit, die insbesondere durch § 2303 BGB geschützt wird, eine Verpflichtung des Erblassers, in bestimmter Weise zu verfügen, unwirksam ist.²¹⁸⁴

Die Problematik wird noch dadurch verschärft, dass für Personengesellschaften die Möglichkeit besteht, gesellschaftsvertraglich im Wege von Nachfolgeklauseln auf die Person des neuen Gesellschafters unmittelbar einzuwirken, etwa über die Aufnahme einer qualifizierten Nachfolgeklausel, nach der sichergestellt ist, dass der Geschäftsanteil nur auf, durch bestimmte Merkmale besonders qualifizierte, Erben übergeht.²¹⁸⁵ Dies ist in der GmbH so nicht möglich. Denn der Tod des GmbH-Gesellschafters hat bei mehreren Erben zur Folge, dass der Anteil auf die Erbengemeinschaft als solche übergeht. Rechtsinhaber wird somit die Gemeinschaft der Erben. Der Geschäftsanteil der GmbH fällt den Erben nach § 2032 I zur gesamten Hand an. Währenddessen wird bei der Personengesellschaft einhellig angenommen, dass der Anteil im Wege der Sondererbfolge auf die Erben übergeht. Dies hat zur Folge, dass die Erben nicht als Erbengemeinschaft Inhaber des Geschäftsanteils werden, sondern der Kommanditanteil im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf die Erben entsprechend ihrem Erbteil übergeht.²¹⁸⁶ Diese Sondererbfolge kann gesellschaftsvertraglich etwa im Wege qualifizierter Nachfolgeklauseln in gewünschte Bahnen gelenkt werden. Im GmbH-Recht ist es dagegen nur möglich, die rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft einzuschränken, § 15 V GmbHG. Die Satzung kann dagegen die Vererblichkeit weder ausschließen, noch einschränken, insbesondere keine Sondererbfolge außerhalb der erbrechtlichen Nachfolge anordnen.²¹⁸⁷

Dies hat zwar nicht zur Folge, dass Nachfolgeklauseln im GmbH-Recht keine Rolle spielen. Der Unterschied ist aber darin zu sehen, dass ihnen eine andere Bedeutung zukommt als im Recht der Personengesellschaften. Sie dienen hier der Korrektur einer durch Erbrecht eingetretenen Nachfolge auf der gesellschaftsvertraglichen Ebene.²¹⁸⁸ Ist es den Gesellschaftern somit verwehrt, durch gesellschaftsvertragliche Regelungen das Erbrecht zu beseitigen oder einzuschränken, so ist doch die Möglichkeit anerkannt, zu bestimmen, was mit dem Geschäftsanteil nach seinem Anfall beim Erben zu geschehen hat.²¹⁸⁹ Nachfolgeklauseln können somit den endgültigen Verbleib des auf den oder die Erben übergegangenen Geschäftsanteils regeln, mit der Folge, dass diese nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen Gesellschafter bleiben können.²¹⁹⁰

In Anbetracht der weitergehenden Gestaltungsmöglichkeiten in der KG sollte daher auf die als Erben einrückenden neuen GmbH-Gesellschafter eingewirkt werden. Zu denken ist dabei an eine Regelung, nach der die Erben-gesellschafter, falls sie mit den Rechtsnachfolgern in die Kommanditbeteiligung nicht identisch sind, verpflichtet sind, ihren ererbten GmbH-Anteil an diejenigen Personen zu übertragen, die auch Erben der KG-Beteiligung

²¹⁸³ Vgl. zu den Absätzen 2, 4, 6 oben **2. Kapitel: V.1.c)ee), S. 152**; vgl. zu Absatz 3 oben **2. Kapitel: V.2.b)cc)(2), S. 173**.

²¹⁸⁴ Palandt-Edenhofer, § 2302 Rn. 1; Münchkomm-Musielak, § 2302 Rn. 2; Soergel-Wolf, § 2302 Rn. 1.

²¹⁸⁵ BGH, Urteil vom 22.11.1956, BGHZ 22, 186, 192; Urteil vom 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 237; Urteil vom 30.4.1984, BGHZ 91, 132, 135; Urteil vom 14.5.1986, BGHZ 98, 48, 51; Beschluss vom 3.7.1989, BGHZ 108, 187, 192; Beschluss vom 10.1.1996, NJW 1996, 1284, 1285; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 139 Rn. 10 ff.; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 139 Rn. 9; Ebenroth/Boujong/Joost-Lorz, HGB, § 139 Rn. 10 ff., 20; Schlegelberger-Karsten Schmidt, HGB, § 139 Rn. 20 ff.

²¹⁸⁶ Vgl. ausführlich oben **2. Kapitel: VI.1.b), S. 174**.

²¹⁸⁷ Vgl. oben **2. Kapitel: VI.2, S. 176**.

²¹⁸⁸ Sudhoff-Jäger, GmbH & Co. KG, § 34 Rn. 17.

²¹⁸⁹ Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 116; Scholz-Winter, § 15 Rn. 23; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 7.

²¹⁹⁰ BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 147/83, BGHZ 92, 386, 390; Urteil vom 24.6.1996, GmbHR 1997, 165; BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, DB 1989, 214, 216; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 13.

sind.²¹⁹¹ Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann zudem mit einer Frist verbunden werden,²¹⁹² nach deren Ablauf der Gesellschaftsanteil eingezogen werden kann.²¹⁹³

Letztlich kann jedoch durch diese Bestimmungen ein zeitweiliges Auseinanderfallen der Beteiligungs- und Personenidentität nicht verhindert werden. Es sollte daher, wie schon im Falle der Pfändung des Geschäftsanteils durch Privatgläubiger des Gesellschafters ausführlich dargelegt, auf die Möglichkeit zurückgegriffen werden, die Gesellschafterversammlung selbst wahlweise zur Abtretung des Geschäftsanteils anstelle der Einziehung zu befähigen.²¹⁹⁴ Falls der verstorbene Gesellschafter keine Personen als Erben hinterlassen hat, die für den Geschäftsanteil an der KG nachfolgeberechtigt sind, besteht dann die Möglichkeit der Einziehung des Geschäftsanteils. Es muss zudem auch in der KG für den Fall vorgesorgt werden, dass ein Gesellschafter verstirbt, ohne Personen als Erben zu hinterlassen, die nachfolgeberechtigt sind. Geregelt wird dies damit, dass der Geschäftsanteil des Verstorbenen dann den übrigen Gesellschaftern anwächst.

b) Klauselformulierung

§ 15 der Gesellschaftsverträge, der sich mit der Rechtsnachfolge beschäftigt, muss im Hinblick auf die Verzahnung der Verträge in etwa wie folgt ergänzt werden:

Für die GmbH:

§ 15

Vererbung von Geschäftsanteilen

- (1) Die Geschäftsanteile gehen im Todesfall auf die Erben über.
- (2) Nachfolgeberechtigt sind
 - a) Abkömmlinge von Gesellschaftern
 - b) Ehegatten, die mit dem Erblasser bis zu dessen Tod verheiratet waren, ohne dass bis zu diesem Zeitpunkt ein Scheidungsantrag gestellt war
 - c) andere Gesellschafter
- (3) Gehen Anteile von Todes wegen auf einen oder mehrere Personen als Erben über, die nicht nachfolgeberechtigt im Sinne des Absatz 2 sind, so kann die Gesellschafterversammlung die Abtretung des Geschäftsanteils auf diejenigen Erben beschließen, die als nachfolgeberechtigte Erben Kommanditisten der KG geworden sind. Falls der verstorbene Gesellschafter auch keine Personen als Erben hinterlassen hat, die für den Geschäftsanteil an der KG nachfolgeberechtigt sind, besteht die Möglichkeit der Einziehung des Geschäftsanteils. Im Übrigen findet § 16 Absatz 2 bis 7²¹⁹⁵ entsprechende Anwendung.
- (4) Sind mehrere Erben vorhanden, so können sie ihre Gesellschafterrechte nur durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten ausüben, sofern es sich nicht um Beschlüsse über die Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrags handelt, oder das Recht zur persönlichen Wahrnehmung der Gesellschafterrechte im Prozessfall (Prozessführungsbefugnis) betroffen ist. Der Bevollmächtigte ist an die Weisungen der Erben gebunden. Die Gesellschaftergruppe fasst ihre Beschlüsse, insbesondere diejenigen über die Bestellung und Abberufung des gemeinschaftlichen Vertreters sowie die Erteilung von Weisungen an ihn, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Beschlussprotokoll auch von den unterlegenen Erben zu unterzeichnen, um zu bekunden, dass sie die Mehrheitsentscheidung akzeptieren. Das Stimmrecht der Erben in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter ruht, bis sie einen Bevollmächtigten benannt haben. Die Vollmacht kann nur gegenüber der Gesellschaft durch eine aus Gründen der Rechtssicherheit von allen Erben unterzeichnete schriftliche Erklärung erteilt werden, die den Bevollmächtigten zur einheitlichen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Sinne von Absatz 3 Satz 1 ermächtigt. Die Vollmacht bleibt bestehen, bis ein Widerruf in einer Absatz 4 Satz 6 entsprechenden Weise gegenüber der Gesellschaft erklärt wird. Absatz 4 Satz 1, 3, 5 und 6 gelten entsprechend, wenn die Vollmacht widerrufen wird, bis ein neuer Bevollmächtigter ernannt ist.
- (5) Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung am Geschäftsanteil ist zulässig. Der oder die Testamentsvollstrecker können auch berechtigt werden, als Bevollmächtigte oder Treuhänder²¹⁹⁶ der Erben oder Vermächtnisnehmer sämtliche Rechte aus dem Geschäftsanteil auszuüben. Für die treuhänderische Übertragung von Geschäftsanteilen auf den Testamentsvollstrecker und die Rückübertragung auf die Er-

²¹⁹¹ BGH, Urteil vom 5.11.1984 – II ZR 147/83, BGHZ 92, 386, 390 ff.; Roth/Altmeppen-Altmeppen, § 15 Rn. 22; Brönnner/Rux/Wagner Rn. 638; Michalski-Ebbing, § 15 Rn. 25; Sudhoff-Froning, Unternehmensnachfolge, § 44 Rn. 112; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 110; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 13; Sudhoff-Jäger, § 34 Rn. 44; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 25 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 3; Priester, GmbHR 1981, 206, 208 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 117 f.; Scholz-Winter, § 15 Rn. 26; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 7.

²¹⁹² Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 118.

²¹⁹³ BGH, Urteil vom 20.12.1976, GmbHR 1977, 81, 82; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 13; MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 25 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 4; Priester, GmbHR 1981, 206, 209; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Rowedder/Bergmann, § 15 Rn. 119; Scholz-Winter, § 15 Rn. 24; Hachenburg-Zutt, § 15 Rn. 7.

²¹⁹⁴ Vgl. MünchHandbuchGmbH-Jasper, § 25 Rn. 24; Scholz-Winter, § 15 Rn. 26; vgl. ausführlich oben 2. Kapitel: V.1.b)ff)(2)(b), S. 127 auch zur Frage der rechtlichen Einordnung der Abtretungsverpflichtung oben 2. Kapitel: V.1.b)gg)(2)(a), S. 139.

²¹⁹⁵ Möglich ist für den Fall des Todes sogar ein Abfindungsausschluss, vgl. oben 2. Kapitel: V.1.b)ee)(3)(b)(bb), S. 110.

²¹⁹⁶ Diese Ersatzlösung (vgl. zu den Möglichkeiten oben Fn. 1888) wurde nur aus Gründen der Rechtssicherheit aufgenommen.

ben oder Vermächtnisnehmer ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung nach § 14 Absatz 1 Satz 1 nicht erforderlich.²¹⁹⁷

Für die KG:

§ 15

Vererbung von Gesellschaftsanteilen

- (1) Durch den Tod eines Kommanditisten wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den nach Absatz 2 nachfolgeberechtigten Erben des verstorbenen Kommanditisten fortgesetzt.
- (2) Im Falle des Todes eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit nachfolgeberechtigten Erben fortgesetzt. Nachfolgeberechtigt sind
 - a) Abkömmlinge von Gesellschaftern
 - b) Ehegatten, die mit dem Erblasser bis zu dessen Tod verheiratet waren, ohne dass bis zu diesem Zeitpunkt ein Scheidungsantrag gestellt war
 - c) andere Gesellschafter
- (3) Verstirbt ein Gesellschafter, ohne Personen als Erben zu hinterlassen, die nachfolgeberechtigt sind, so wächst der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen den übrigen Gesellschaftern an.²¹⁹⁸
- (4) Sind mehrere Erben vorhanden, so können sie ihre Gesellschafterrechte nur durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten ausüben, sofern es sich nicht um Beschlüsse über die Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrags handelt, oder das Recht zur persönlichen Wahrnehmung der Gesellschafterrechte im Prozessfall (Prozessführungsbefugnis) betroffen ist. Der Bevollmächtigte ist an die Weisungen der Erben gebunden. Die Kommanditistengruppe fasst ihre Beschlüsse, insbesondere diejenigen über die Bestellung und Abberufung des gemeinschaftlichen Vertreters sowie die Erteilung von Weisungen an ihn, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Beschlussprotokoll auch von den unterlegenen Erben zu unterzeichnen, um zu bekunden, dass sie die Mehrheitsentscheidung akzeptieren. Das Stimmrecht der Erben in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten ruht, bis sie einen Bevollmächtigten benannt haben. Die Vollmacht kann nur gegenüber der Gesellschaft durch eine aus Gründen der Rechtssicherheit von allen Erben unterzeichnete schriftliche Erklärung erteilt werden, die den Bevollmächtigten zur einheitlichen Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte im Sinne von Absatz 4 Satz 1 ermächtigt. Die Vollmacht bleibt bestehen, bis ein Widerruf in einer Absatz 4 Satz 6 entsprechenden Weise gegenüber der Gesellschaft erklärt wird. Absatz 4 Satz 1, 3, 5 und 6 gelten entsprechend, wenn die Vollmacht widerrufen wird, bis ein neuer Bevollmächtigter ernannt ist.
- (5) Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung am Gesellschaftsanteil ist zulässig. Der oder die Testamentsvollstrecker können auch berechtigt werden, als Bevollmächtigte oder Treuhänder²¹⁹⁹ der Erben oder Vermächtnisnehmer sämtliche Rechte aus dem Gesellschaftsanteil auszuüben. Für die treuhänderische Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf den Testamentsvollstrecker und die Rückübertragung auf die Erben oder Vermächtnisnehmer ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung nach § 14 Absatz 2 Satz 1 nicht erforderlich.²²⁰⁰

II. AUSBLICK: ANDERE LÖSUNGSVORSCHLÄGE

In Anbetracht des Umfangs dieser Arbeit ist ein genaueres Eingehen auf andere Lösungsvorschläge zur Sicherung der Beteiligungs- und Personenidentität in beiden Gesellschaften kaum mehr möglich, wenngleich aus Gründen der Vollständigkeit freilich nicht gänzlich darauf verzichtet werden kann.

1. Einheitsgesellschaft²²⁰¹

Eine erhebliche praktische Relevanz weist die so genannte Einheitsgesellschaft auf. Das Problem, die Beteiligung an der Komplementär-GmbH mit der Kommanditbeteiligung an der GmbH & Co. KG zu verzahnen, stellt sich dann nicht, wenn die GmbH & Co. KG ihrerseits alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH ist. Der große Vorteil besteht darin, dass für jeden Gesellschafter nur noch eine einzige Beteiligung besteht, nämlich diejenige an der GmbH & Co. KG. Er ist mit anderen Worten direkt an der GmbH & Co. KG beteiligt und über diese Kommanditbeteiligung indirekt an der GmbH.²²⁰² Die Satzung der Komplementär-GmbH verliert an Bedeutung, da alle komplizierten gesellschaftsvertraglichen Regelungen entbehrlich werden, die die personelle Verklammerung der Gesellschafter in beiden Gesellschaften bezwecken.²²⁰³ Die Zulässigkeit dieser Vertragsgestaltung kann als

²¹⁹⁷ Vgl. zu dieser Ausnahme § 14 Absatz 1 Satz 2 ff) im GmbH-Vertrag oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg), S. 70.

²¹⁹⁸ Auch hier kann der Abfindungsanspruch ausgeschlossen werden, *Baumbach/Hopt*, HGB, § 177 Rn. 3.

²¹⁹⁹ Diese Ersatzlösung (vgl. zu den Möglichkeiten oben Fn. 1888) wurde nur aus Gründen der Rechtssicherheit aufgenommen.

²²⁰⁰ Vgl. zu dieser Ausnahme § 14 Absatz 2 Satz 2 ff) im KG-Vertrag oben 2. Kapitel: IV.2.a)bb)(2)(b), S. 71.

²²⁰¹ Der Begriff geht zurück auf Sudhoff, *Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co.*, 1. Auflage, S. 47.

²²⁰² *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 35.

²²⁰³ *Esch*, BB 1991, 1129, 1131.

mittlerweile unbestritten eingestuft werden, zumal auch der Gesetzgeber mit der Einführung des § 172 VI HGB diese Gesellschaftsform anerkannt hat.²²⁰⁴

Diesen Vorteilen stehen allerdings auch erhebliche Probleme gegenüber. Zu denken ist zum einen an die Willensbildung in der Komplementär-GmbH. Das oberste Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung, die jedoch nur aus der KG als alleiniger Gesellschafterin besteht. Geschäftsführung und Vertretung der KG obliegen nach §§ 164, 170 HGB der GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin, die ihrerseits wiederum durch ihren Geschäftsführer vertreten wird, § 35 GmbHG. Dies hätte zur Folge, dass die GmbH auf ihrer eigenen Gesellschafterversammlung stimmberechtigt wäre²²⁰⁵ und darüber hinaus könnte der Geschäftsführer letztlich selbst über seine eigene Abberufung entscheiden, vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG.²²⁰⁶

Des Weiteren gilt es, Aspekte des Gläubigerschutzes zu beachten. Die wechselseitige Beteiligung darf nicht dazu führen, dass das haftende Kapital der Einheitsgesellschaft geringer ist als die Summe aus Haftsummen²²⁰⁷ und Stammkapital.²²⁰⁸ Die Kommanditisten können die zu leistende Haftsumme nicht durch Übertragung der GmbH-Anteile erbringen, § 172 VI HGB. Hat die KG außer den geleisteten Einlagen kein weiteres Vermögen und erwirbt sie mit den Haftenlagen die GmbH-Beteiligungen so stellt dies eine Rückzahlung der Einlagen dar, welche die Folge des § 172 IV HGB auslöst.²²⁰⁹ Vor allem sind aber auch die Kapitalerhaltungsnormen des GmbHG zu beachten. Neben den generell für die GmbH & Co. KG greifenden Fallkonstellationen²²¹⁰ ist hier zudem eine Besonderheit zu beachten: Es stellt sich auch dann ein Problem, wenn die KG die GmbH-Anteile mit dem als Beteiligung eingebrachten Stammkapital der GmbH erwirbt, da damit letztlich die Kommanditisten ihre zuvor an die GmbH erbrachte Stammeinlage von der KG durch Kaufpreiszahlung zurückerhalten, worin ein Verstoß gegen § 30 I GmbHG zu sehen ist.²²¹¹

Es ist daher auch im Rahmen einer Einheitsgesellschaft ein erheblicher Gestaltungsbedarf gegeben, der zur Folge hat, dass die Gesellschaftsform nach wie vor kritisch betrachtet wird.²²¹²

2. BGB-Gesellschaft

Eine andere Möglichkeit der Abstimmung der Gesellschaftsverträge wird darin gesehen, dass die Anteile an der Komplementär-GmbH von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehalten werden, an der die Kommanditisten der GmbH & Co. KG im Verhältnis ihrer Kommanditeinlagen beteiligt sind. Früher wurde der GbR im Gegensatz zu OHG und KG²²¹³ mit Rücksicht auf das Fehlen der nötigen Sicherung für die Aufbringung des Stammkapitals nur die Möglichkeit zuerkannt, sich nachträglich, d.h. nach Entstehung der Gesellschaft durch ihre Eintragung in das Handelsregister (§ 11 GmbHG), an einer GmbH zu beteiligen. Die Beteiligung als Gründer am Abschluss des Gesellschaftsvertrages wurde dagegen aberkannt.²²¹⁴ Mittlerweile ist auch Letzteres einhellige Meinung, da eine GbR grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen kann, wenn nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen.²²¹⁵ Dafür spricht nunmehr auch die Anerkennung der Rechtssubjektivität.²²¹⁶

Der Vorteil gegenüber der herkömmlichen Verzahnung der Gesellschaftsverträge einer GmbH & Co. KG ist allerdings zweifelhaft, da die Gesellschafter ebenfalls an zwei Gesellschaften beteiligt sind – einmal als Kommanditisten an der GmbH & Co. KG und zum anderen als Gesellschafter an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Teils wird ein Vorzug dieser Gestaltung daraus abgeleitet, dass es sich in beiden Fällen um Beteiligungen an einer Personengesellschaft handele, so dass die Verzahnung der Beteiligungen kaum Probleme bereiten solle.²²¹⁷

²²⁰⁴ Sudhoff-Liebscher, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 8.

²²⁰⁵ Bahnsen, GmbHR 2001, 186.

²²⁰⁶ Bülow, DB 1982, 527, 528.

²²⁰⁷ Die Haftsumme (Außenverhältnis) muss von der Pflichteinlage im Innenverhältnis abgegrenzt werden, vgl. hierzu *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rn. 1.

²²⁰⁸ Bahnsen, GmbHR 2001, 186, 187.

²²⁰⁹ Bahnsen, GmbHR 2001, 186, 187.

²²¹⁰ Vgl. hierzu oben ausführlich **2. Kapitel: V.1.c)dd)(1), S. 149.**

²²¹¹ Bahnsen, GmbHR 2001, 186, 187; Binz, GmbH & Co., § 14 Rn. 24 ff.; Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan, HGB, § 172 Rn. 63; Hachenburg-Goerdeler/Müller, § 30 Rn. 88; Michalski-Heidinger, § 30 Rn. 103; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 136; Ippen, GmbH & Co. KG, S. 82 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 30 Rn. 49; Oppenfeld, Einheitsgesellschaft, S. 25 ff.; Schilling, in FS Barz, S. 67, 76; Scholz-Westermann, § 30 Rn. 41.

²²¹² Vgl. zur dieser Gesellschaftsform ausführlich LG Berlin, Beschluss vom 26.8.1986, ZIP 1986, 1564 mit Anmerkung *Gustavus*, EWIR 1986, 1215; Bahnsen, GmbHR 2001, 186; Binz, GmbH & Co., § 14; Bülow, DB 1982, 527; Esch, BB 1991, 1129; Fleck, in FS Semler, S. 115; Hesselmann/Tillmann, GmbH & Co. Rn. 131 ff.; Hunscha, GmbH & Co. KG als Alleingesellschafterin ihrer GmbH-Komplementärin; Ippen, GmbH & Co. KG; Sudhoff-Liebscher, § 3 Rn. 7 ff.; Kurt Mayer, BB 1979, 1972; Hachenburg-Mertens, 7. Auflage, Anh. § 13 Rn. 16 ff.; Michalski-Michalski, § 1 Rn. 66; Oppenfeld, Einheitsgesellschaft; Schilling, in FS Barz, S. 67; Scholz-Karsten Schmidt, Anh. § 45 Rn. 58 ff.; Karsten Schmidt, GmbHR 1984, 272, 278 f.; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., 4. Auflage, S. 56 ff.

²²¹³ Für sie wurde seit jeher dasselbe wie für juristische Personen angenommen, da sie im Außenverhältnis wie diese behandelt werden (§§ 105, 124, 161 HGB), Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 31; Michalski-Michalski, § 2 Rn. 96; Scholz-Karsten Schmidt, § 2 Rn. 50; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 23; Hachenburg-Ulmer, § 2 Rn. 79.

²²¹⁴ KG, Beschluss vom 3.5.1901, KGJ 22 D 22; Beschluss vom 21.12.1906, KGJ 33 A 135, 138 (für Erbengemeinschaft); weitere Nachweise bei Hachenburg-Ulmer, § 2 Rn. 80, Fn. 147.

²²¹⁵ BGH, Beschluss vom 3.11.1980, BGHZ 78, 311, 313 ff.; Beschluss vom 4.11.1991, BGHZ 116, 86, 88; Urteil vom 13.4.1992, BGHZ 118, 83, 99 f.; Urteil vom 2.10.1997, WM 1997, 2220, 2221; Urteil vom 16.7.2001, BGHZ 148, 291, 293 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 18.12.1995, GmbHR 1996, 363, 364; Scholz-Emmerich, § 2 Rn. 51 f.; Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 32; Lutter/Hommelhoff, § 2 Rn. 5; Roth/Altmeppen-Roth, § 1 Rn. 25 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 24; Hachenburg-Ulmer, § 2 Rn. 80; kritisch Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 II.1.

²²¹⁶ Vgl. oben Fn. 1058.

²²¹⁷ Binz, GmbH & Co., § 5 Rn. 36.

Zugegebenermaßen ist die Verzahnung zweier Personengesellschaften mit weniger Problemen verbunden als bei Zusammentreffen von Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht, wie dies bei der hier diskutierten echten GmbH & Co. KG der Fall ist. Diesem Vorteil steht aber die Unübersichtlichkeit der Konstruktion aus drei Gesellschaften gegenüber. Es darf nicht übersehen werden, dass die Kommanditisten der KG nur mittelbar über die GbR auch an der Komplementär-GmbH beteiligt sind. Man muss folglich auch hier zunächst das Verhältnis der Komplementär-GmbH zur KG in den jeweiligen Gesellschaftsverträgen entsprechend den Interessen der Beteiligten regeln. Zudem ist eine Regelung des Verhältnisses der Komplementär-GmbH zu ihrer Alleingesellschafterin, also der BGB-Gesellschaft in den jeweiligen Gesellschaftsverträgen erforderlich. Erst dann geht es darum die beiden Personengesellschaften entsprechend den Wünschen der Gesellschafter zu gestalten. Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft unbeschränkt haften, wenngleich dieses Risiko letztlich dadurch reduziert wird, dass die BGB-Gesellschaft Gesellschafterin einer GmbH ist. Ein Vorteil im Sinne einer Vereinfachung gegenüber der komplizierten Gestaltung in der echten GmbH & Co. KG ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht ersichtlich.

3. Holding-Gesellschaft

Schließlich besteht die Möglichkeit, eine Holding-Gesellschaft zu gründen, die Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH wird und sämtliche Kommanditeinlagen der GmbH & Co. KG übernimmt. Sie wird dadurch auch alleinige Kommanditistin. Die natürlichen Personen sind somit nur noch Gesellschafter der Holding-Gesellschaft, die ihrerseits an beiden Gesellschaften beteiligt ist.

Im Hinblick auf die Rechtsnatur der Holding-Gesellschaft gilt es Folgendes zu beachten: Nach früher herrschender Auffassung musste die Holding-Gesellschaft entweder Kapitalgesellschaft oder eine Personenhandelsgesellschaft sein, da zwar eine OHG oder KG Mitglied einer BGB-Gesellschaft sein könne, nicht aber umgekehrt eine GbR Mitglied einer OHG oder KG, weder als Komplementärin noch als Kommanditistin.²²¹⁸ Demgegenüber sollte die Beteiligung einer GbR an einer anderen wiederum zulässig sein.²²¹⁹ Die Rechtsprechung des BGH hat aber mittlerweile Klarheit geschaffen, so dass nach nunmehr überwiegender Auffassung auch eine BGB-Außengesellschaft ebenso wie eine OHG oder KG Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft sein kann.²²²⁰

Ähnlich der Lösung durch Bildung einer Einheitsgesellschaft stellen sich somit jedenfalls keine Probleme hinsichtlich der Verzahnung der Beteiligungen, um ein Auseinanderfallen der Personen- und Beteiligungsidentität zu verhindern.²²²¹

Auf der anderen Seite birgt diese Lösung jedoch eine Verkomplizierung der Rechtslage gegenüber der herkömmlichen GmbH & Co. KG in sich, da der gesellschaftsrechtliche Aufbau durch die Zwischenschaltung einer Holding-Gesellschaft erschwert wird.²²²² Vergleichbar der Lösung über eine BGB-Gesellschaft müssen auch hier die Gesellschaftsverträge von drei Gesellschaften differenziert werden. Es ist nicht nur das Verhältnis zwischen KG und Komplementär-GmbH zu regeln, sondern jeweils auch deren Verhältnis zur Holding-Gesellschaft. Diese Unübersichtlichkeit wiegt den Vorteil hinsichtlich der Verzahnungsproblematik auf.

4. KAPITEL: SCHLUSSBETRACHTUNG

Eine wissenschaftliche Arbeit schließt normalerweise mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in kurzer und übersichtlicher Weise. Diese Aufgabe stellt sich in Anbetracht des Umfangs der Arbeit als nicht ganz einfach dar. Dies liegt vor allem auch an der Thematik. Unter dem Titel „Die Verzahnung der Gesellschaftsverträge in der echten GmbH & Co. KG“ sollten sämtliche Probleme, die die Abstimmung der Gesellschaftsverträge der KG und ihrer Komplementär-GmbH mit sich bringt, dargestellt werden. Da in diesem Zusammenhang eine auch für den Verfasser zunächst ungeahnte Vielzahl von Einzelfragen auftauchte, müsste sich eine Zusammenfassung sämtlicher Ergebnisse den Vorwurf einer *Dissertation in der Dissertation* gefallen lassen. Die Arbeit kann daher sinnvoller Weise nur damit enden, dem Leser die wesentlichen vertragsgestalterischen Aspekte nochmals vor Augen zu führen, zumal die konkrete Gestaltung der Verträge immer auch von individuellen Interessen der Gesellschafter geprägt ist. Vielfach war daher kein einzig und allein richtiges Ergebnis feststellbar. Diesen Gedanken Rechnung tragend ist das Schlusskapitel auch mit *Schlussbetrachtung* überschrieben. Die

²²¹⁸ RG, Beschluss vom 15.3.1929, RGZ 123, 366, 368; BGH Urteil vom 22.11.1965, WM 1966, 188, 190; Urteil vom 12.12.1966, BGHZ 46, 291, 296; Urteil vom 7.7.1986, WM 1986, 1280; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn. 29; *Ebenroth/Boujong/Joost-Boujong*, HGB, § 105 Rn. 102; *Heymann-Emmerich*, HGB, § 105 Rn. 46; *Flume*, Personengesellschaft, § 4 IV.; *Hueck*, § 2 3.b); vgl. die weiteren Nachweise bei *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I.2.a), Fn. 10.

²²¹⁹ RG, Urteil vom 3.5.1932, RGZ 16, 236, 240 f.; Urteil vom 10.10.1933, RGZ 142, 13, 21; BGH, Urteil vom 2.10.1997, WM 1997, 2220, 2221.

²²²⁰ BGH, Urteil vom 16.7.2001, BGHZ 148, 291, 293 ff. (als Kommanditistin) auf Vorlage des BayObLG, Beschluss vom 18.10.2000, BB 2000, 2380, das sich an einer Entscheidung in diesem Sinne durch eine abweichende Entscheidung des OLG Zweibrücken, OLGZ 1982, 155 gehindert sah; *Röhrich/Graf von Westphalen-von Gerkan*, HGB, § 105 Rn. 64 a; *Habersack*, JuS 1990, 179, 183; *Klamroth*, BB 1983, 796 ff.; *Schlegelberger-Karsten Schmidt*, HGB, § 105 Rn. 71 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I.2.a) m.w.N.; ders., DB 1990, 93, 94 ff.; *Wertenbruch*, BB 2001, 737.

²²²¹ *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 38.

²²²² *Binz*, GmbH & Co., § 5 Rn. 38 f.

folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf diejenigen Problembereiche, deren Regelung in den Gesellschaftsverträgen von KG und Komplementär-GmbH erforderlich ist.

Es lässt sich vor diesem Hintergrund Folgendes festhalten:

1. Eine echte GmbH & Co. KG weist sich nach dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Verständnis durch folgende Merkmale aus:

- Es ist nur ein Komplementär vorhanden, nämlich die GmbH
- Zweck und Betätigung der GmbH erschöpfen sich darin, Komplementärin der GmbH & Co. KG zu sein, ohne eigene wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten²²²³
- Es herrschen gleiche Personen- und Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften.

2. Das Bedürfnis nach Koordination von GmbH- und KG-Recht steigt mit zunehmender Angleichung der Personen- und Beteiligungsverhältnisse und ist daher besonders relevant im Rahmen der echten GmbH & Co. KG. Die Gesellschafter sind bestrebt, für einen Fortbestand der gleichen Beteiligungsstrukturen in beiden Gesellschaften zu sorgen und auch im Übrigen die Arbeitsweise in beiden Gesellschaften möglichst parallel zu gestalten, um ihren Einfluss sichern zu können. Es geht hier aufgrund der regelmäßig geringen Gesellschafterzahl um eine Sicherung ihrer Rechtsstellung. Zu verhindern ist vor allem, dass sich die Beteiligungsverhältnisse an der einen oder anderen Gesellschaft verselbständigen. Dies setzt zunächst eine Abstimmung der Gesellschaftsverträge voraus, die einen Gleichlauf ermöglicht. Nach dieser so genannten Harmonisierung müssen die Verträge derart verzahnt werden, dass ein tatsächlicher Gleichlauf in beiden Gesellschaften gewährleistet ist.

3. Die Beschlussfassung in der KG und ihrer Komplementär-GmbH muss durch Schaffung einer Einheitsversammlung parallel gestaltet werden. Zu diesem Zweck sind die Bestimmungen der beiden Verträge vollständig zu vereinheitlichen, indem man das Modell des GmbH-Gesetzes – inklusive der satzungsrechtlichen Abweichungen – auf die KG überträgt. Es wird dadurch ein Doppelorgan geschaffen und so gewährleistet, dass jeder in KG-Zuständigkeit gefasste Beschluss als KG-Beschluss und jeder in GmbH-Zuständigkeit gefasste Beschluss als GmbH-Beschluss angesehen werden kann.²²²⁴

a) Zu diesem Zweck muss zunächst das in der Komplementär-GmbH herrschende Mehrheitsprinzip für die Beschlussfassung auch auf die KG übertragen werden. Gesellschaftsvertraglich ist dies dadurch umzusetzen, dass bereits im Gesellschaftsvertrag der GmbH ausführlich die Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung geregelt werden, d. h. neben den ohnehin gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeiten die Bereiche festgelegt werden, in denen die Geschäftsführung der GmbH der Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung bedarf. An dieser Regelung ist dann die KG-Klausel zu orientieren, die mangels Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung ausführlich sämtliche Fälle zu erfassen hat und in die – wegen der Gefahr, dass etwaige Zuständigkeiten übersehen werden – zudem ein Verweis auf die Bestimmungen des GmbH-Vertrags aufzunehmen ist.

b) Zudem muss die Einberufung der Gesellschafterversammlung in beiden Gesellschaften durch eine Orientierung an den §§ 49 – 51 GmbHG angeglichen werden. Gleiches gilt für den äußeren Ablauf der Versammlung, insbesondere die Frage der Leitung und der Anfertigung einer Sitzungsniederschrift und von Beschlussprotokollen.

c) Die Gewährleistung einer Einheitsversammlung setzt auch die Angleichung der Abstimmungsregelungen voraus, was im KG-Vertrag entsprechend § 47 II GmbHG dadurch umzusetzen ist, dass die Abstimmung nach Kapitalanteilen erfolgt, wobei je 50 Euro Kapitalanteil eine Stimme gewähren. Zu diesem Zweck wird unter anderem ein Kapitalkonto angelegt, auf dem festgelegte Einlagen der Gesellschafter verbucht werden.²²²⁵ Zudem muss man die Mehrheitsklausel im Sinne des § 47 I GmbHG erweitern und die Mehrheit der abgegebenen Stimmen fordern, da nur dies dem Gesellschafterinteresse entspricht.

d) Die Komplementär-GmbH ist vom Stimmrecht in der KG auszuschließen, indem sie von der Einlagepflicht und von jeglicher Kapitalbeteiligung in der KG ausgeschlossen wird. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte allerdings zusätzlich ein vertraglicher Ausschluss des Stimmrechts in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.

4. Das Gewinnbezugsrecht in der KG muss den Interessen der Gesellschafter angepasst werden.²²²⁶

a) Die Komplementär-GmbH ist mangels Kapitalbeteiligung am Vermögen der KG an deren Ergebnis nicht beteiligt. Der Komplementär-GmbH ist nur aus steuerlichen Gründen eine Haftungsvergütung in Höhe einer risikoadäquaten banküblichen Avalprovision zu gewähren. Sie bekommt zudem die Kosten für die Geschäftsführung

²²²³ Die GmbH bleibt auch für den Fall, dass sie selbst nicht Trägerin eines Unternehmens ist, Handelsgesellschaft. Grund ist, dass die GmbH gemäß § 13 III GmbH notwendig Handelsgesellschaft ist im Sinne von § 6 I HGB. Sie ist Formkaufmann gemäß § 6 II HGB, vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 56 II.1.b).

²²²⁴ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: I.4, S. 30**

²²²⁵ Vgl. § 5 des KG-Vertrages oben **2. Kapitel: II.1.d), S. 40**.

²²²⁶ Vgl. oben **2. Kapitel: II.1.d), S. 40**.

in der KG erstattet. Für etwaige Freistellungs- und Regressansprüche ist die Bestimmung des § 167 III HGB zu beachten, was sicherheitshalber explizit zu erwähnen ist.²²²⁷

b) Die Kommanditisten haben dagegen bei Beibehaltung der gesetzlichen Lage einen Anspruch auf Auszahlung des vollen Jahresüberschusses gemäß § 169 I 2 BGB. Dies ist gesellschaftsvertraglich zum einen dadurch einzuschränken, dass den Kommanditisten nur ein Mindestgewinn in Höhe von 10 – 25 % sowie zusätzlich ein – für alle Gesellschafter der KG geltendes – Steuerentnahmerecht zugestanden werden. Zum anderen dadurch, dass es der Gesellschafterversammlung obliegt, mit der Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen zu entscheiden, inwieweit den Kommanditisten ein weitergehendes Steuerentnahmerecht zugebilligt wird. Die danach zur freien Verfügung stehenden Beträge sind dem Privatkonto der Gesellschafter gutzuschreiben. Der nicht entnehmbare Betrag wird als Darlehen behandelt und auf dem Darlehenskonto verbucht. Im Gesellschaftsvertrag muss dabei im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 488 ff. BGB eine genaue Regelung besonderer Rückzahlungs- oder Kündigungsbeschränkungen vorgenommen werden.

c) Entnahmen können nur bis zur Feststellung der Bilanz des jeweils folgenden Geschäftsjahres getätigt werden. Bis dahin nicht entnommene Beträge sind dem Rücklagenkonto der Gesellschafter gutzuschreiben.

5. Kapitalerhöhungen sind gesetzlich speziell nur im GmbH-Recht vorgesehen

a) Im KG-Vertrag ist – parallel zur Rechtslage in der GmbH. – die Möglichkeit einer Erhöhung des Festkapitals durch Beschlussfassung mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen vorzusehen.²²²⁸ Die Festlegung eines Grenzbetrags ist im Hinblick auf das Belastungsverbot nur dann erforderlich, wenn die Gesellschafter zur Teilnahme an der beschlossenen Kapitalerhöhung verpflichtet sind. Die Beteiligung an der Kapitalerhöhung erfolgt wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung entsprechend den bestehenden Teilungsverhältnissen. Im Gesellschaftsvertrag müssen die Auswirkungen der Kapitalerhöhung auf die Haftsumme geklärt werden, da sich diese nicht automatisch erhöht.²²²⁹

b) Der Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH hat eine parallele Regelung vorzusehen.²²³⁰

c) Damit eine Kapitalerhöhung auch tatsächlich in beiden Gesellschaften beschlossen wird, muss sowohl in den KG-²²³¹ als auch in den GmbH-Vertrag²²³² eine Klausel eingefügt werden, die die jeweiligen Gesellschafter dazu verpflichtet, stets alles Erforderliche zutun, um an beiden Gesellschaften jeweils in demselben Verhältnis beteiligt zu sein. Dies ist zudem dadurch abzusichern, dass bei unterschiedlicher Beteiligung die Möglichkeit der Einziehung/Abtretung in der GmbH bzw. Ausschließung/Abtretung in der KG besteht, indem dieser Fall in die jeweiligen Kataloge aufgenommen wird.²²³³

6. Ein Erfordernis nach Abstimmung der Gesellschaftsverträge ergibt sich auch hinsichtlich des Gesellschafteraustritts.

a) Im KG-Vertrag²²³⁴ ist neben der – wegen § 132 HGB jedenfalls bei Beibehaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist deklaratorischen – Regelung der ordentlichen Kündigung anstelle der Auflösungsklage nach § 133 HGB die außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zu verankern. Die Abfindung muss für diesen Fall – abgesehen von angemessenen Abschlägen oder Auszahlungsmodalitäten – dem vollen (Ertrags-)Wert entsprechen.

b) Parallel zur Gestaltung des KG-Vertrages ist in der Satzung der Komplementär-GmbH die ordentliche Kündigungsmöglichkeit sowie aus Gründen der Rechtssicherheit zudem die – auch ohne explizite gesellschaftsvertragliche Verankerung anerkannte – Kündigung aus wichtigem Grund vorzusehen.

c) Klarzustellen ist, dass die Kündigung weder in der KG noch in der Komplementär-GmbH die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, sondern das bloße Ausscheiden aus der Gesellschaft. Das Ausscheiden der Komplementär-GmbH führt grundsätzlich zur Auflösung der KG wegen Wegfalls des einzigen Komplementärs, (siehe unten 12). Als Rechtsfolge des Austritts aus der Komplementär-GmbH ist für die Gesellschafterversammlung die Möglichkeit der Einziehung oder wahlweise die Möglichkeit der Abtretung vorzusehen. Parallel hierzu ist die Gesellschafterversammlung in der KG für den Fall der Kündigung durch einen Kommanditisten zu ermächtigen, wahlweise den kündigenden Gesellschafter ausschließen oder seinen Gesellschaftsanteil abzutreten, (vgl. unter 8).

d) Zur Sicherung eines tatsächlichen Gleichlaufs in beiden Gesellschaften, muss die Wirksamkeit der Kündigung in der einen Gesellschaft an die gleichzeitige Kündigung zu demselben Zeitpunkt in der anderen Gesellschaft gekoppelt werden.²²³⁵

7. Auch die Abtretung der Gesellschaftsbeteiligung und deren Belastung müssen in den Gesellschaftsverträgen berücksichtigt werden. Während die grundsätzlich freie Übertragbarkeit der GmbH-Beteiligung zu be-

²²²⁷ Vgl. § 12 Absatz 2 des KG-Vertrages oben **2. Kapitel: II.1.d), S. 40.**

²²²⁸ Vgl. § 10 Absatz 4 c) des KG-Vertrages oben **2. Kapitel: I.4, S. 30.**

²²²⁹ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: II.2.g), S. 45.**

²²³⁰ Vgl. zur Klauselformulierung **2. Kapitel: I.4, S. 30** sowie **2. Kapitel: II.2.g), S. 45.**

²²³¹ § 4 VI oben **2. Kapitel: I.4, S. 30.**

²²³² § 4 IV oben **3. Kapitel: I.1.b), S. 200.**

²²³³ Jeweils § 16 Absatz 1 e), vgl. oben **3. Kapitel: I.5.b), S. 225.**

²²³⁴ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: IV.1.b)ee), S. 51.**

²²³⁵ Vgl. zur Klauselformulierung oben **3. Kapitel: I.2.a)bb), S. 201.**

schränken ist, muss die an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter geknüpfte Übertragung der KG-Beteiligung erleichtert werden.

a) Für die GmbH-Beteiligung ist Folgendes zu veranlassen:

aa) Die Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils²²³⁶ ist nach § 15 V GmbH zu vinkulieren, indem sie an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft und als Voraussetzung für eine Zustimmung die Nichtausübung des den Mitgesellschaftern einzuräumenden Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrecht gefordert wird. In Abgrenzung zum gesetzlichen Regelfall des § 15 V GmbHG muss klargestellt werden, dass dies Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung ist. Wichtig ist, dass hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass auf das Beschlussorgan Gesellschafterversammlung abzustellen ist und somit auf die dort anwesenden Gesellschafter. Die Erklärungskompetenz für die Zustimmung ist dem oder den Geschäftsführer(n) zu übertragen.

Dem Interesse des abtretungswilligen Gesellschafter wird dadurch Rechnung getragen, dass man bestimmte Fälle, für die generell das Interesse der Gesellschafter, eine Abtretung zu verhindern, nachrangig ist bzw. sogar ein gemeinsames Interesse an einer Abtretung gegeben ist, vom Erfordernis der Abtretung gänzlich ausnimmt.

bb) Zur Wahrung der Beteiligungs- und Gesellschafteridentität erfordert auch die Verpfändung des Geschäftsanteils – freilich ohne das zusätzliche Erfordernis der Beachtung eines Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrechts – die Aufnahme eines Zustimmungsvorbehalts in den Gesellschaftsvertrag.²²³⁷ Entsprechendes gilt für Abtretungen im Rahmen der Befriedigung aus dem Pfandrecht, wenn die Verwertung in Abweichung von § 1277 im Wege des Pfandverkaufs durch privatrechtliche öffentliche Versteigerung (§§ 1277 Satz 1, 1273 Absatz 2, 1235 Absatz 1 BGB) oder durch freihändigen Verkauf (§ 1277 Sätze 1 und 2, 1245 BGB) erfolgt.²²³⁸

cc) Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte auch die Anmeldung der Verpfändung entsprechend den Anforderungen des § 16 GmbHG vorgenommen werden, was insbesondere zur Vermeidung von Streitigkeiten und Nachweisschwierigkeiten in die Satzung aufzunehmen ist.

dd) Die für die Verpfändung geltenden Bestimmungen müssen entsprechend – freilich mit Ausnahme einer Regelung der Verwertung – auch für den Nießbrauch in der Satzung vorgesehen werden.²²³⁹

b) Für die KG²²⁴⁰ ist eine parallele Bestimmung zu verfassen. Eine Abtretung des Anteils der Komplementär-GmbH soll allerdings grundsätzlich vermieden werden, so dass man es diesbezüglich bei der gesetzlichen Lage belassen muss.

c) Verzahnt werden die Gesellschaftsverträge dadurch, dass die Abtretung oder Belastung der Gesellschaftsbeteiligung an der einen Gesellschaft nur zusammen mit einer solchen der anderen Gesellschaft vorgenommen werden kann.²²⁴¹

8. Ein besonderes Problem stellen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Privatgläubigern dar. In der KG ist der Privatgläubiger grundsätzlich gehalten, nach § 135 HGB die Kündigung der Gesellschaft unter Ausscheiden des Vollstreckungsschuldners (§§ 161 II, 131 III 1 Nr. 4 iVm. III 2, 135 HGB) zu betreiben und sich aus dem überwiesenen Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafterschuldners zu befriedigen. Der Geschäftsanteil wächst dabei automatisch den verbleibenden Gesellschaftern anteilig, entsprechend dem bisherigen Beteiligungsverhältnis, an, §§ 161 II, 105 III HGB iVm. § 738 I 1 BGB. Der Gesetzgeber stuft demgegenüber im GmbH-Recht das Befriedigungsinteresse des Privatgläubigers als vorrangig gegenüber dem Interesse der Gesellschafter am Schutz vor Überfremdung ein. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt grundsätzlich nach §§ 857 V, 844 ZPO. Es besteht daher die Gefahr, dass eine Störung der Gesellschafteridentität dadurch eintritt, dass eine dritte, von den auf Wahrung der Beteiligungsverhältnisse bedachten übrigen Gesellschaftern nicht gewollte Person Gesellschafter wird.

Man muss in diesem Zusammenhang erreichen, dass den GmbH-Gesellschaftern zum einen – entsprechend der Rechtslage in der KG – kein ungewünschter Gesellschafter aufgedrängt wird, zum anderen, dass die Gesellschafter in beiden Gesellschaften, wenn es ihren Interessen entspricht, problemlos anstelle des von der Zwangsvollstreckung betroffenen Gesellschafter, eine neuen Gesellschafter aufnehmen können.

a) In den GmbH-Gesellschaftsvertrag²²⁴² ist daher eine Regelung aufzunehmen, die die Gesellschafter im Falle der Pfändung des Geschäftsanteils ermächtigt, den Geschäftsanteil einzuziehen.

aa) Im Hinblick auf die Bestimmung des § 34 II GmbHG müssen die Einziehungsgründe möglichst genau verfasst werden, wobei freilich ergänzend auch unbestimmte Rechtsbegriffe – wie „wichtiger Grund“ – verwendet werden können. Der Einziehungsbeschluss erfolgt durch die Gesellschafterversammlung, wobei das Stimmrecht des Gesellschafter gesellschaftsvertraglich auszuschließen ist, was nach der hier vertretenen Auffassung nur deklaratorische Bedeutung hat. Für die Auslösung der Einziehungswirkungen ist eine Gestaltungserklärung erforderlich, die dem Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag zu übertragen ist.

bb) Da nach der hier vertretenen Auffassung wegen §§ 30 Abs. 1 § 34 Abs. 3 GmbHG die Wirkung der Einziehung grundsätzlich aufschiebend bedingt durch die Zahlung der Abfindung ist, muss der Zeitpunkt des Aus-

²²³⁶ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(1)(b)(gg)**, S. 70.

²²³⁷ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: IV.2.b)aa)(2)(c)**, S. 74.

²²³⁸ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: IV.2.b)aa)(4)(b)**, S. 75.

²²³⁹ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: IV.2.b)bb)(2)(c)**, S. 78 sowie **2. Kapitel: IV.2.b)aa)(3)(b)**, S. 74, **2. Kapitel: IV.2.b)aa)(4)(b)**, S. 75 und **2. Kapitel: IV.2.b)bb)(3)(b)**, S. 79.

²²⁴⁰ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: IV.2.a)bb)(2)(b)**, S. 71.

²²⁴¹ Vgl. zur Klauselformulierung oben **3. Kapitel: I.2.b)bb)**, S. 201.

²²⁴² Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: V.1.b)hh)**, S. 144.

scheidens in der Satzung festgelegt werden. Dies erfolgt durch die Regelung, dass der Zugang der Gestaltungs-erklärung den sofortigen Verlust der Gesellschafterstellung zur Folge hat.

cc) Hinsichtlich einer Anpassung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter an das unverändert gebliebene Stammkapital ist vorzusehen, dass die Gesellschafterversammlung eine Aufstockung beschließen kann, indem die Nennbeträge um den auf die verbleibenden Gesellschafter entfallenden Teil des eingezogenen Geschäftsanteils erhöht werden. Wahlweise ist die Möglichkeit einzuräumen, die Neubildung eines Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen zu beschließen.

b) In die GmbH-Satzung ist alternativ eine Klausel aufzunehmen, der zufolge die Gesellschafterversammlung statt der Einziehung auch beschließen kann, den Geschäftsanteil auf die übrigen Gesellschafter oder Dritte zu übertragen. Dadurch wird die Gesellschafterversammlung ermächtigt, unter Befreiung von § 181 BGB die nach § 398 BGB erforderliche Abtretungserklärung abzugeben. Hierfür ist eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ vorzusehen, da die unterlegenen Gesellschafter eventuell die Aufnahme eines neuen Gesellschafters hinnehmen müssen.²²⁴³ Die Abtretungsverpflichtung ist als Nebenleistungspflicht nach § 3 II GmbHG einzuordnen. Es muss eine Ausnahme vom sonst zusätzlichen Zustimmungserfordernis für die Abtretung (vgl. oben 7.) vorgesehen werden. Bei Übertragung auf die Mitgesellschafter wird eine Teilung des Geschäftsanteils erforderlich. Im Hinblick auf § 17 II GmbHG ist eine Ausnahme vom Genehmigungserfordernis in die Satzung aufzunehmen. Zugleich ist eine Regelung erforderlich, die die Vereinigung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafterbeschlusses ohne Zustimmung des Inhabers der Geschäftsanteile zulässt.

aa) Für die Mitgesellschafter ist eine Übernahmeverpflichtung festzulegen. Eine solche Handlungspflicht kann als Kehrseite der Abtretungsverpflichtung als Nebenleistungspflicht nach § 3 II GmbHG in die Satzung aufgenommen werden.

bb) Zudem muss eine Abfindungsbestimmung als echter Satzungsbestandteil aufgenommen werden, die den Erwerber zur Zahlung der Abfindung verpflichtet. Es handelt sich dann um eine Ausgestaltung des Geschäftsanteils des ausgeschlossenen Gesellschafters im Sinne des § 3 II GmbHG.

cc) Eine subsidiäre der Haftung der GmbH ist auf die Übernahme einer Sicherheit für die Zahlungsverpflichtung des Erwerbers zu beschränken und zusätzlich von einer Beachtung des § 30 GmbHG abhängig zu machen.

c) Eine parallele Regelung – freilich mit Ausnahme der Aufstockung bzw. Neubildung eines Geschäftsanteils – ist in der KG vorzusehen.²²⁴⁴ Anstelle des automatischen Ausscheidens des gepfändeten Gesellschafters im Falle der Kündigung durch den Privatgläubiger aufgrund der §§ 161 II, 131 III 1 Nr. 4 HGB muss man eine Regelung in die Satzung aufnehmen, die für den Fall der Pfändung den Gesellschaftern ein Wahlrecht einräumt, entweder den Ausschluss des Gesellschafters oder die Übertragung seines Geschäftsanteils auf einen oder mehrere der verbleibenden Gesellschafter oder auf einen Dritten zu beschließen. Der betroffene Gesellschafter scheidet mit Ausschluss oder Abtretung aus der Gesellschaft aus.

d) Verzahnt werden die Gesellschaftsverträge in diesem Zusammenhang durch die bereits oben unter 5 c) erläuterte Klausel.

9. Die Insolvenz eines Gesellschafters macht eine komplizierte Regelung erforderlich, die an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens und die Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse anknüpft.

a) Für die Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters muss in der Satzung durch eine der Pfändung parallele Regelung vorgesorgt werden. Der Insolvenzverwalter ist vom Stimmrecht – deklaratorisch – auszuschließen. Es ist allerdings die Vorschrift des § 81 InsO zu berücksichtigen. Dabei handelt es sich um eine absolut wirkenden Verfügungsbeschränkung, mit der Folge, dass die Abtretung an die Zustimmung durch den Insolvenzverwalter zu knüpfen ist. Verweigert der Gesellschafter die Zustimmung, so bleibt die Möglichkeit der Einziehung und Neubildung eines Geschäftsanteils anstelle des eingezogenen unter anschließender Abtretung.²²⁴⁵

b) Im KG-Vertrag ist zu differenzieren zwischen der Insolvenz der Komplementär-GmbH und einer solchen der Kommanditisten.²²⁴⁶

aa) Eine Insolvenz der Komplementär-GmbH ist in der echten GmbH & Co. KG nur in Kombination mit einer solchen auch der KG möglich (Simultaninsolvenz). Es muss die – nach der hier vertretenen Auffassung deklaratorische – Regelung aufgenommen werden, dass die Komplementär-GmbH nicht nach § 131 III 1 Nr. 2 HGB aus der KG ausscheidet, sondern Gesellschafterin der aufgelösten KG bleibt.

bb) Im Falle der Kommanditisteninsolvenz ist zunächst eine zur Problematik der Pfändung parallele Regelung aufzunehmen. Zu berücksichtigen ist auch hier, dass die Abtretung unter der Prämisse der Zustimmung durch den Insolvenzverwalter steht. Verweigert dieser die Zustimmung, so besteht die Möglichkeit der Aufnahme eines neuen Gesellschafters. Hierzu ist die Gesellschafterversammlung zu ermächtigen und dem Geschäftsführer für den Vollzug des Beschlusses durch Abschluss des Aufnahmevertrags eine Vollmacht einzuräumen.

10. Bei der Gestaltung der Verträge ist auch der Tod eines Gesellschafters zu bedenken.

²²⁴³ Vgl. § 9 Absatz 3 a)bb) des GmbH-Vertrages oben **2. Kapitel: I.4, S. 30.**

²²⁴⁴ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: V.1.c)ee), S. 152.**

²²⁴⁵ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: V.2.b)bb)(5), S. 170.**

²²⁴⁶ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: V.2.b)cc)(2), S. 173.**

a) In der KG geht der Gesellschaftsanteil im Wege der Sondererbfolge über. Dies hat zur Folge, dass die Erben nicht als Erbengemeinschaft Inhaber des Geschäftsanteils werden, sondern der Kommanditanteil im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf die Erben entsprechend ihrem Erbteil übergeht. Die Mitgliedschaft spaltet sich im Fall der Beerbung eines Kommanditisten durch mehrere Erben in eine Mehrheit von Anteilen und somit Kommanditisten auf.

aa) Dem muss gesellschaftsvertraglich durch die Anordnung einer obligatorischen Gruppenvertretung Rechnung getragen werden.²²⁴⁷ Im Gesellschaftsvertrag ist vorzusehen, dass mehrere Erben ihre Gesellschafterrechte nur durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten ausüben können. Zudem ist für die Beschlussfassung der vertretenen Gruppe das Mehrheitsprinzip festzusetzen. Aus Gründen der Rechtssicherheit sieht der Gesellschaftsvertrag dennoch vor, dass das Beschlussprotokoll auch von den unterlegenen Erben zu unterzeichnen ist, um zu bekunden, dass sie die Mehrheitsentscheidung akzeptieren. Der Gruppenvertreter ist weisungsgebunden und kann abberufen werden. Im Gesellschaftsvertrag ist weiter vorzusehen, dass die Vollmacht nur gegenüber der Gesellschaft durch eine aus Gründen der Rechtssicherheit von allen Erben unterzeichnete schriftliche Erklärung erteilt werden kann.

bb) Die negativen Folgen der Sondererbfolge kann auch schon der Erblasser durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung zu verhindern versuchen. Gesellschaftsvertraglich muss hierfür der Weg geebnet werden, indem die Anordnung der Testamentsvollstreckung für zulässig erklärt wird. Da vor allem die Zulässigkeit der Dauertestamentsvollstreckung nicht ganz unproblematisch ist, müssen sicherheitshalber auch Ersatzlösungen vorgesehen werden.²²⁴⁸

b) Parallel hierzu ist auch im GmbH-Vertrag unter Abbedingung des § 18 GmbHG eine obligatorische Gruppenvertretung anzuordnen und deklaratorisch die Zulässigkeit der Testamentvollstreckung zu erklären.²²⁴⁹

c) Ein tatsächlicher Gleichlauf ist damit aber noch nicht gewährleistet. Da wegen § 2303 BGB in die Testierfreiheit nicht eingegriffen werden kann, muss die unterschiedliche Vererbung von GmbH- und KG-Beteiligung auf andere Art und Weise berücksichtigt werden.

aa) Es besteht lediglich für den KG-Vertrag die Möglichkeit, durch eine Festlegung der Nachfolgeberechtigten nur diejenigen Erben in die Gesellschaft eintreten zu lassen, die den Wünschen der Mitgesellschafter entsprechen.

bb) Im GmbH-Vertrag hat eine solche Festlegung keine Auswirkungen darauf, ob die vom Erblasser bestimmten Erben in die Gesellschaft nachrücken. Über eine Nachfolgeklausel kann jedoch auf ein Verbleiben der Erben in der Gesellschaft eingewirkt werden. Dies ist durch eine Klausel möglich, die dann, wenn Anteile von Todes wegen auf Erben übergehen, die nicht nachfolgeberechtigt sind, die Gesellschafterversammlung ermächtigt, die Abtretung des Geschäftsanteils auf diejenigen Erben zu beschließen, die als nachfolgeberechtigte Erben Kommanditisten der KG geworden sind. Falls der verstorbene Gesellschafter auch keine Personen als Erben hinterlassen hat, die für den Gesellschaftsanteil an der KG nachfolgeberechtigt sind, soll die Möglichkeit der Einziehung des Geschäftsanteils bestehen.

cc) Es muss zudem in der KG für den Fall vorgesorgt werden, dass ein Gesellschafter verstirbt, ohne Personen als Erben zu hinterlassen, die nachfolgeberechtigt sind. Geregelt wird dies damit, dass der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen dann den übrigen Gesellschaftern anwächst.

11. Die Gesellschafter haben in beiden Gesellschaften die Möglichkeit, Mitgesellschafter auszuschließen. Damit dadurch die Beteiligungs- und Personenverhältnisse in beiden Gesellschaften nicht auseinander fallen, ist die im GmbH-Vertrag zu regelnde Möglichkeit der Einziehung bzw. Abtretung des Geschäftsanteils für den Fall, dass *in der Person des Gesellschafters ein wichtiger, seinen Ausschluss rechtfertigender Grund vorliegt*, an den Ausschluss aus der KG zu knüpfen. Im KG-Vertrag ist dies parallel in die Ausschluss- bzw. Abtretungsklausel aufzunehmen.

12. Die Gesellschafter müssen – auch wenn dies bei Vertragsschluss noch fern zu liegen scheint – zudem die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaften in die Vertragsgestaltung mit einbeziehen.

a) Im Gesellschaftsvertrag der KG sind folgende Regelungen erforderlich:²²⁵⁰

aa) Die Gesellschaft wird neben den gesetzlich geregelten Fällen aufgelöst, wenn die Komplementär-GmbH aus der Gesellschaft ausscheidet, es sei denn die verbleibenden Gesellschafter gründen innerhalb von 2 Monaten ab dem Ausscheiden der Komplementär-GmbH eine neue GmbH und nehmen diese als Komplementärin in die KG auf. Dies gebietet der Rechtsformzwang, da es eine werbende KG ohne persönlich haftenden Gesellschafter nicht geben kann.

bb) wenn die Komplementär-GmbH aufgelöst wird.

cc) Im Falle der gleichzeitigen Auflösung auch der Komplementär-GmbH ist die Vollbeendigung der KG vor derjenigen der Komplementär-GmbH zu betreiben. Nur so kann eine sinnvolle Abwicklung der Gesellschaften gewährleistet werden.

dd) Liquidator der GmbH & Co. KG ist im Falle ihrer Auflösung die Komplementär-GmbH. Diese Regelung trägt dem grundsätzlichen Interesse der Gesellschafter nach Amtskontinuität Rechnung.

²²⁴⁷ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: VI.2.a)aa)(5), S. 188.**

²²⁴⁸ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: VI.2.a)dd), S. 197.**

²²⁴⁹ Vgl. zur Klauselformulierung oben **2. Kapitel: VI.2.b)cc), S. 198.**

²²⁵⁰ Vgl. zur Klauselformulierung oben **3. Kapitel: I.4.a)cc), S. 218.**

b) Die Satzung der Komplementär-GmbH²²⁵¹ muss neben den gesetzlich geregelten Fällen die Auflösung für den Fall der Auflösung der KG vorsehen. Es muss allerdings dem Gesichtspunkt, dass die Gesellschafter die GmbH eventuell als Mantel aufrechterhalten wollen, dadurch genügt werden, dass die Gesellschafter die Möglichkeit haben, etwas anderes mit der für die Auflösung der Gesellschaft notwendigen Mehrheit zu beschließen. Eine sinnvolle Abwicklung setzt die Regelung voraus, dass die Löschung der GmbH nicht vor derjenigen der KG zu beantragen ist.

²²⁵¹ Vgl. zur Klauselformulierung oben **3. Kapitel: I.4.b)ee**), S. 220.

- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter
Zivilprozessordnung, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 1, 61. Auflage, München 2003 (Zitiert: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Bearbeiter)
- Becker, Michael
Der Austritt aus der GmbH – Durchsetzung eines unentziehbaren Individualrechts im Interesse effektiven Minderheitenschutzes, in: Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Recht der Universität des Saarlandes, herausgegeben von Günther Jahr, Band 20, Kehl, Straßburg, Arlington, 1985 (Zitiert: Becker, Austritt)
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften
Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, herausgegeben von Welf Müller und Dieter Hoffmann, München 2002 (Zitiert: Beck'sches Handbuch-Bearbeiter)
- Behr, Volker
Der Ausschluß aus der Personengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Vertrag und Status, ZGR 1985, 475 – 505
- Ders.
Neue Tendenzen im Recht der Ausschließung aus der Personengesellschaft, ZGR 1990, 370 – 390.
- Berner, Wilhelm
Ungenauere Verfügungsverbote in Pfändungsbeschlüssen, Rpfleger 1966, 75
- Binz, Mark K.
Die GmbH & Co., 8. Auflage, München 1992
- Ders.
GmbH & Co. – Quo vadis?, GmbHR 1987, 39
- Bischoff, Harald
Zur pfändungs- und konkursbedingten Einziehung von Geschäftsanteilen, GmbHR 1984, 61
- Bitter, Christian von
Das Informationsrecht der GmbH-Gesellschafter in §§ 51 a, b GmbHG, ZIP 1981, 825
- Blöse, Jochen/Kleinert, Jens
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.6.2003, GmbHR 2003, 1064
- Boehmer, Henning von
Die uneinheitliche Stimmrechtsausübung bei Handelsgesellschaften, NJW 1949, 564, 565 f.
- Bokelmann, Gunther
Der Prozeß gegen eine im Handelsregister gelöschte GmbH, NJW 1977, 1130
- Bork, Reinhard
Die als vermögenslos gelöschte GmbH im Prozeß, JZ 1991, 841
- Ders.
Einführung in das neue Insolvenzrecht, JZ – Schriftenreihe Heft 5, Tübingen 2002 (Zitiert: Bork)
- Börner, Bodo
Die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, AcP 166 (1966), 426 – 453
- Bösert, Bernd
Gesetzliches Sonderaustrittsrecht des GmbH-Gesellschafters, GmbHR 1994, 293
- Böttcher, Conrad
I. Ausschluss der KomplementärGmbH von der Beteiligung am Gewinn und Verlust ihrer GmbH & Co., in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co., Heft 15 der Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, herausgegeben in Verbindung mit der Centrale für Gesellschaften mbH Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, S. 91 – 110 (Zitiert: Böttcher, in: aktuelle Probleme der GmbH & Co.)
- Brändel, Oliver C.
Änderungen des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsentscheidung, in Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin, New York 1985, S. 95 (Zitiert: Brändel, in FS Stimpel)
- Brandes, Helmut
Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil vom 30.9.1998, NZG 1999, 33, 34
- Braun, Eberhard
Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, München 2002 (Zitiert: Braun-Bearbeiter, InsO)
- Brönner, Herbert/Bünz, Vincent
Die GmbH & Co. KG in Recht und Praxis, 2. Auflage, Freiburg im Breisgau 1972 (Zitiert: Brönner/Bünz, GmbH & Co. KG)
- Brönner, Herbert/Rux, Hans-Joachim/Wagner, Heidemarie
Die GmbH & Co. KG in Recht und Praxis, 5. Auflage, Freiburg im Breisgau 1990 (Zitiert: Brönner/Rux/Wagner)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich
Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999 (Zitiert: Brox/Walker)

- Buchalik, Robert Faktoren einer erfolgreichen Eigenverwaltung, NZI 2000, 294
- Buchheister, Hans-Otto Die Haftungsübernahme der Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, BB 1973, 687
- Buchner, Gerhard Amtslöschung, Nachtragsliquidation und masselose Insolvenz von Kapitalgesellschaften, in: Berliner Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Band 4: Handels- und Gesellschaftsrecht, herausgegeben von Dietrich von Stebut und Harm Peter Westermann, Köln, Berlin, Bonn, München 1988 (Zitiert: *Buchner, Amtslöschung*)
- Buchwald, Friedrich Abtretung von „Anteilen an einer Personengesellschaft“, BB 1955, 52
- Ders. Die Einziehung eines Geschäftsanteils, BB 1959, 68
- Bülow, Peter Zur wechselseitigen Beteiligung bei der GmbH & Co. KG – Institutionsmißbrauch oder institutionsgerechter Gebrauch?, DB 1982, 527
- Bunte, Hermann-Josef Ausschließung und Abfindung von Gesellschaftern einer Personengesellschaft, ZIP 1983, 8
- Canaris, Claus-Wilhelm Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 12.3.1997, ZIP 1997, 1507
- Casper, Matthias Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 19.6.2000, EWIR 2000, 943
- Coing, Helmut Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften, ZGR 1978, 659
- Däubler, Wolfgang Die Löschung der GmbH wegen Vermögenslosigkeit, GmbHR 1964, 246
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard Anwaltkommentar Schuldrecht – Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Bonn 2002 (Zitiert: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring-Bearbeiter*)
- Ders. Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, herausgegeben in Verbindung mit der Centrale für Gesellschaften mbH Dr. Otto Schmidt, Heft 12, Köln 1965 (Zitiert: *Däubler, Vererbung*)
- Ders. Die treuhänderische Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils, GmbHR 1966, 243
- Deckert, Martina R. Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften, NZG 1998, 43
- Dehmer, Hans Umwandlungsrecht – Umwandlungssteuerrecht, München 1994 (Zitiert: *Dehmer, Umwandlungsrecht*)
- Deutscher Handelstag Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlage, Berlin 1892 (Zitiert: *Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*)
- Doris, Philippos Die Rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, in: Münchener Universitätsschriften – Reihe der Juristischen Fakultät, herausgegeben von Werner Lorenz, Reinhart Maurach und Hans Spanner, Band 27, München 1974 (Zitiert: *Doris*)
- Dörrie, Robin Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH, in: Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 168, Berlin, 1994 (Zitiert: *Dörrie, Testamentsvollstreckung*)
- Düringer, Adalbert/Hachenburg, Max Das Handelsgesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte: §§ 105 – 177, 335 – 342, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932 (zitiert: *Düringer/Hachenburg-Flechtheim*)
- Ebbing, Frank Anmerkung zur OLG Celle, Urteil vom 31.7.1998, NZG 1999, 168
- Ebenroth, Carsten Thomas Erbrecht, München 1992 (Zitiert: *Ebenroth*)
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 342a, München 2001 (Zitiert: *Ebenroth/Boujong/Joost-Bearbeiter, HGB*)
- Ebenroth, Carsten/Müller, Andreas Die Abfindungsklausel im Recht der Personengesellschaften und der GmbH – Grenzen privatrechtlicher Gestaltung, BB 1993, 1153

- Eberl-Borges, Christina Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR, ZEV 2002, 125
- Ebert, Kurt Hanns Die rechtsfunktionelle Kompetenzabgrenzung von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, Frankfurt/Main, 1972 (Zitiert: *Ebert*, Kompetenzabgrenzung)
- Eckhardt, Diederich Das Ausscheiden des Komplementärs aus der zweigliedrigen KG – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH, NZG 2000, 474, NZG 2000, 449
- Ders. Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27.3.1998, NZG 1998, 597
- Eder, K Zustimmung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen durch den Geschäftsführer?, GmbHR 1966, 279
- Ehlke, Michael Vinkulierung bei GmbH-Kapitalerhöhung und anderen Fällen des Gesellschaftereintritts ohne Anteilsübertragung, DB 1995, 561
- Eickhoff, Andreas Die Praxis der Gesellschafterversammlung bei GmbH und GmbH & Co., 2. Auflage, Köln 1995
- Eltzbacher, Paul Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft, ZHR 45 (1896), 40
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen 1959 (Zitiert: *Enneccerus/Nipperdey*, AT I)
- Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar herausgegeben von Harm Peter Westermann, Band I, 10. Auflage, Köln 2000 (Zitiert: *Erman-Bearbeiter*)
- Erman, Walter Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band I, München, Berlin 1965, S. 277 – 296 (Zitiert: *Erman*, in FS Nipperdey I)
- Esch, Günter Gesellschaftsvertragliche Buchwertabfindung im Fall der Ausschließungskündigung, NJW 1979, 1390
- Ders. Die mitgliedschafts- und steuerrechtlichen Wirkungen der Ausschließung oder des Austritts aus einer GmbH aus wichtigem Grund, GmbHR 1981, 25
- Ders. Weisungsrechte der Gesellschafter der GmbH & Co. KG, NJW 1988, 1553
- Ders. Die GmbH & Co. als „Einheitsgesellschaft“, BB 1991, 1129
- Ders. Einheitlichkeit der Personengesellschaftsbeteiligung, BB 1993, 664
- Esser, Josef/Schmidt, Eike Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1995 (Zitiert: *Esser/Schmidt*, I, 1)
- Ewald, Otto GmbH-Anteile (Anteilscheine) als Pfandstücke, ZHR 92 (1928), 96 – 180
- Fetsch, Karl-Hugo Gestaltungsprobleme der GmbH & Co., Synchronisierung der Beteiligungen – Unterkapitalisierung, in: 18. Deutscher Notartag – Köln 1969, München 1969, S. 111 – 158 (Zitiert: *Fetsch*, in: 18. Deutscher Notartag)
- Fichtelmann, Helmar Die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH, GmbHR 2003, 67
- Fichtner, Dieter Kaduzierung, Einziehung und Ausschließung bei der GmbH, BB 1966, 146
- Ders. Austritt und Kündigung bei der GmbH, BB 1967, 17
- Finger, Peter Einziehung des Geschäftsanteils beim Tode eines Gesellschafters und Nachfolgeregelung, GmbHR 1975, 97
- Fingerhut, Michael Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil vom 26.4.1996, BB 1997, 432
- Fingerhut, Michael/Schröder, Matthias Die Einziehung eines GmbH-Anteils und Probleme in der Praxis, BB 1997, 1805
- Fischer, Robert Das Recht der OHG. Als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz,

GmbHR 1953, 131

- Ders. Die Fortsetzung einer GmbH, GmbHR 1955, 165
- Ders. Die personalistische GmbH als Rechtspolitisches Problem, in: Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten – Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag am 18.12.1959, herausgegeben von Benvenuto Samson, Berlin 1959, S. 117 – 137 (Zitiert: *Fischer*, in FS Walter Schmidt)
- Ders. Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils, GmbHR 1961, 21
- Ders. Buchanmerkung zu: Herber Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften. Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 18. C. H. Beck, München und Berlin 1965. IX, 485 S., ZHR 130 (1968), 359
- Ders. Gedanken über einen Minderheitenschutz bei den Personengesellschaften, in: Wirtschaftsfragen der Gegenwart – Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag am 6. Dezember 1974, herausgegeben von Robert Fischer, Phillip Möhring und Harry Westermann, Berlin, New York 1974, S. 33 – 48 (*Fischer*, in FS Barz)
- Fleck, Hans-Joachim Stimmrechtsabspaltung in der GmbH, in Festschrift für Robert Fischer, herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Stimpel und Herbert Wiedemann, Berlin, New York 1979, S. 107 – 129 (Zitiert: *Fleck*, in FS Fischer)
- Ders. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, herausgegeben von Marcus Lutter, Peter Ulmer und Wolfgang Zöllner, Köln 1992, S. 391 – 419 (Zitiert: *Fleck*, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz)
- Ders. Die sogenannte Einheitsgesellschaft – ein funktionsunfähiges Gebilde?, in Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, herausgegeben von Marcus Bierich, Peter Hommelhoff und Bruno Kropff, Berlin, New York 1993, S. 115 – 137 (Zitiert: *Fleck*, in FS Semler)
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts:
- Erster Band, Erster Teil – Personengesellschaft, Berlin, Heidelberg, New York 1977 (Zitiert: *Flume*, Personengesellschaft)
 - Erster Band, Zweiter Teil – Die juristische Person, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1983 (Zitiert: *Flume*, juristische Person)
 - Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1992 (Zitiert: *Flume*, Rechtsgeschäft)
- Ders. Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177 – 207
- Ders. „Hinauskündigung“ aus der Personengesellschaft und Abfindung, DB 1986, 629
- Ders. Die Erbennachfolge in den Anteil an einer Personengesellschaft und die Zugehörigkeit des Anteils zum Nachlaß, NJW 1988, 161
- Ders. Die Nachlaßzugehörigkeit der Beteiligung an einer Personengesellschaft in ihrer Bedeutung für Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs und Surrogatserwerb, ZHR 155 (1991), 501 – 515
- Ders. Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deliktisches Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter – Anmerkung zur Entscheidung des Zweiten Zivilsenats des BGH vom 24.2.2003, BB 2003, 1775
- Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung herausgegeben von Klaus Wimmer, 3. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002 (Zitiert: *FrankKommlnsO-Bearbeiter*)
- Frey, Kaspar Tod des einzigen Komplementärs – Besprechung der Entscheidung BGHZ 101, 123, ZGR 1988, 281 – 292
- Frey, Kaspar/Bredow, Felix von Der Wegfall des einzigen Komplementärs nach der HGB-Reform, ZIP

1998, 1621

- Fritzsche, Jörg Die Auslegung des § 1 GWB und die Behandlung der Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb E. V. Köln, Heft 149 (Zitiert: *Fritzsche*)
- Furtner, Georg Pfändung der Mitgliedsrechte bei Personengesellschaften, MDR 1965, 613
- Gehrlein, Markus Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen als Mittel zum Ausschluss eines Gesellschafters, ZIP 1996, 1157
- Ders. Zum Gewinnbezugsrecht eines GmbH-Gesellschafters nach Einziehung eines Geschäftsanteils – Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 14.9.1998 – II ZR 172/97, DB 1998, S. 2212, DB 1998, 2355
- Gerhardt, Walter Verfügungsbeschränkungen in der Eröffnungsphase und nach Verfahrenseröffnung, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung – Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln, 2. Auflage, Berlin 2000, S. 193 – 219 (Zitiert: *Gerhardt*, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung)
- Godin, Reinhard Freiherr von/Wilhelmi, Hans Aktiengesetz vom 6. September 1965, 4. Auflage, Band II: §§ 179 – 410, Berlin, New York, 1971 (Zitiert: *Godin/Wilhelmi*)
- Goette, Wulf Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.10.1992, DStR 1992, 1696
- Ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, DStR 1995, 226
- Ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 7.10.1996, DStR 1997, 337
- Ders. Der Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung und zum Rückgewährverbot im GmbH-Recht, DStR 1997, 1495
- Ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 28.4.1997, DStR 1997, 1336
- Ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 7.7.1997, DStR 1997, 1257
- Ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.1.1998, DStR 1998, 539
- Ders. Ausschließung und Austritt aus der GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2001, 533
- Ders. Die GmbH – Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, 2. Auflage, München 2002 (Zitiert: *Goette*, GmbH)
- Ders. Aktuelle Rechtsprechung zur GmbH – Kapitalschutz und Organhaftung, DStR 2003, 887
- Gonnella, Robert Th. Neubildung eines Anteils ohne Kapitalerhöhung an Stelle eines eingezogenen Geschäftsanteils, GmbHR 1962, 253
- Görlich, Wolfgang Berlin – Präferenzen für Abschreibungsgesellschaften, BB 1980, 1366
- Gottschling, Helmut Schutz der GmbH. vor Überfremdung – Die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, GmbHR 1953, 20
- Gottwald, Peter Insolvenzrechtshandbuch, 2. Auflage, München 2001 (Zitiert: *Gottwald-Bearbeiter*)
- Ders. Berliner Kommentare, Zwangsvollstreckung, Kommentar zu den §§ 704 – 915 h ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Rechtspraxis, 4. Auflage, Berlin 2002 (Zitiert: *Gottwald*, Zwangsvollstreckung)
- Gravenbrucher Kreis ZIP – Dokumentation, ZIP 1992, 657 (Zitiert: *Gravenbrucher Kreis*)
- Groß, Wolfgang Stimmrecht und Stimmrechtsausschluß bei der Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, GmbHR 1994, 596
- Gronstedt, Sebastian Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 7.7.2003 – II ZB 4/02, BB 2003, 2082
- Grothus, Jost Das Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, GmbHR 1958, 17
- Grub, Volker Überjustialisierung und die Eigenverwaltung des Pleitiers, WM 1994,

- Ders. Die Stellung des Schuldners im Insolvenzverfahren, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung – Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln, 2. Auflage, Berlin 2000, S. 671 – 710 (Zitiert: *Grub*, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung)
- Grunewald, Barbara Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, Köln, Berlin, Bonn, München 1987 (Zitiert: *Grunewald*, Ausschluss)
- Dies. Probleme bei der Aufbringung der Abfindung für ausgetretene GmbH-Gesellschafter, GmbHR 1991, 185
- Dies. Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), 305
- Dies. Gesellschaftsrecht:
- 1. Auflage, Tübingen 1994 (Zitiert: *Grunewald*, Gesellschaftsrecht 1. A.)
 - 5. Auflage, Tübingen 2002
- Gustavus, Eckhart Anmerkung zu LG Berlin, Beschluss vom 26.8.1986, EWiR 1986, 1215
- Habersack, Mathias Die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils beim Tod des GmbH-Gesellschafters, ZIP 1990, 625
- Ders. Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – BAG, NJW 1989, 3034, JuS 1990, 179
- Ders. Die Reform des Rechts der Personenhandelsgesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften, Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 30. Oktober 1998, München 1999, S. 73 – 94 (Zitiert: *Habersack*, in: Reform des Handelsstandes)
- Hachenburg, Max
- Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Auflage, Berlin 1956 (Zitiert: *Hachenburg-Bearbeiter*, 6. Auflage)
 - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, 7. Auflage, zweiter Band: §§ 13 – 52, Berlin, New York, 1979 (Zitiert: *Hachenburg-Bearbeiter*, 7. Auflage)
 - 8. Auflage:
 - Erster Band: §§ 1 – 34, Berlin, New York 1992 (Zitiert: *Hachenburg-Bearbeiter*)
 - zweiter Band: §§ 35 – 52, Berlin, New York, 1997 (Zitiert: *Hachenburg-Bearbeiter*)
 - Dritter Band: §§ 53 – 85, Berlin, New York, 1997 (Zitiert: *Hachenburg-Bearbeiter*)
- Hadding, Walther Mehrheitsbeschlüsse in der Publikums-Kommanditgesellschaft, ZGR 1979, 636
- Hadding, Walther/Schneider, Uwe H. Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, in: Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abteilung B: Rechtswissenschaft, Schriften des Instituts für internationales Recht des Spar-, Giro und Kreditwesens an der Universität Mainz, Band 17, Berlin 1979 (Zitiert: *Hadding/Schneider*, Kreditsicherheit)
- Hahn, Carl Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Viertes Band: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, sowie zu dem Gesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, Berlin 1881 (Zitiert: *Hahn*, Materialien)
- Handbuch der Testamentsvollstreckung herausgegeben von Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, 3. Auflage, München 2001 (Zitiert: *Autor*, in Bengel/Reimann, Testamentsvollstreckung)

- Handelsgesetzbuch
Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 2. Auflage, Köln 2001, herausgegeben von Volker Röhrich und Friedrich Graf von Westphalen (zitiert: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB)
- Hansen, Herbert
Fast die Hälfte der steuerpflichtigen Umsätze fallen auf GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 2001, 286
- Ders.
Die GmbH als weiterhin umsatzstärkste Rechtsform – Anzahl der GmbH beträgt Ende 2001 ca. 850.000, GmbHR 2002, 148
- Ders.
Die Rechtsformen deutscher Unternehmen und ihr wirtschaftliches Gewicht – Die GmbH ist nach wie vor die umsatzstärkste Unternehmensform, GmbHR 2003, 22
- Harst, Jürgen
Zur Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen, GmbHR 1987, 183
- Häsemeyer, Ludwig
Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2003 (Zitiert: *Häsemeyer*)
- Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht
von Harald Bartl, Helmar Fichtelmann, Eberhard Schlarb und Hans-Jürgen Schulze, 4. Auflage Heidelberg 1998 (Zitiert: Heidelberger Kommentar-GmbHR-*Bearbeiter*)
- Hehemann, Heinrich
Testamentsvollstreckung bei Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften, BB 1995, 1301
- Heil, Hans-Jürgen
Ist die Erbengemeinschaft rechtsfähig? – Ein Zwischenruf aus der Praxis, ZEV 2002, 296
- Heins, V.
Betrachtung zum Recht der oHG – Zugleich eine Besprechung des neuen Buches von Hueck, NJW 1948, 252
- Heller, Christoph
Die vermögenslose GmbH, in: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Götz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Band 68, Köln, Berlin, Bonn, München 1989 (Zitiert: *Heller*)
- Henze, Hartwig
Materiellrechtliche Grenzen für Mehrheitsentscheidungen im Aktienrecht (Teil 1), DStR 1993, 1823
- Hermanns, Marc
Unverzichtbare Mitverwaltungsrechte des Personengesellschafters – Vergleich zwischen deutschem, englischem und französischem Recht, in: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Goetz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Band 82, Köln, Berlin, Bonn, München 1993 (Zitiert: *Röttger*)
- Ders.
Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre – Mehrheit und Minderheit in der Personengesellschaft, ZGR 1996, 103
- Hennerkes, Brun-Hagen/Binz, Mark K.
Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz, BB 1983, 713
- Herchen, Hilke
Vorratsgründung, Mantelverwendung und geräuschlose Beseitigung einer GmbH, DB 2003, 2211
- Hess, Harald
Kommentar zur Konkursordnung, 6. Auflage, Neuwied, Kriftel 1998 (Zitiert: *Hess-Bearbeiter*, KO)
- Hess, Harald/Weis, Michaela/Wienberg, Rüdiger
InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO, Band 1: Insolvenzordnung, 2. Auflage, Heidelberg 2001 (Zitiert: *Hess/Weis/Wienberg-Bearbeiter*)
- Hesselmann, Malte
Die GmbH & Co. – verfremdete GmbH, in: Pro GmbH, herausgegeben von Hans Martin Schmidt, Köln 1980, S. 81 – 89
- Hesselmann, Malte/Tillmann, Bert
Handbuch der GmbH & Co. KG, 18. Auflage, Köln 1997 (Zitiert: *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co.)
- Heuer, Ralf
Der GmbH-Anteil in der Zwangsvollstreckung, ZIP 1998, 405
- Heymann, Ernst
Handelsgesetzbuch, Kommentar, 2. Auflage, Band 2: §§ 105 – 237, Berlin, New York, 1996 (zitiert: *Heymann-Bearbeiter*, HGB)

- Hofmann, Paul Zur Auflösung einer GmbH, GmbHR 1975, 217
- Ders. Zur Liquidation einer GmbH (II), GmbHR 1976, 258
- Hohner, Georg Subjektlose Rechte – Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession, in Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, herausgegeben von Gerhard Schiedermaier, Friedrich Wilhelm Bosch und Hans Joachim Abraham, Band 59, Bielefeld 1969 (Zitiert: *Hohner*, Subjektlose Rechte)
- Ders. Die Bereinigung fehlerhafter GmbH-Anteile, in Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag am 6.12.1974, herausgegeben von Robert Fischer, Philipp Möhring und Harry Westermann, Berlin, New York 1974, S. 147 – 170 (Zitiert: *Hohner*, in FS Barz)
- Ders. Zur Konkretisierung des Einziehungsgrunds in der Satzung der GmbH, GmbHR 1978, 241
- Holdheim Akteingesellschaft als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, in: Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, Band 1, 1892, 195 (Zitiert: *Holdheim*, Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen)
- Hommelhoff, Peter Auszahlungsanspruch und Ergebnisverwendungsbeschluß in der GmbH, in Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, herausgegeben von Gerd Pfeiffer, Günther Wiese und Klaus Zimmermann, München 1994, S. 171 – 189 (Zitiert: *Hommelhoff*, in: FS Rowedder)
- Hönn, Günther die konstitutive Wirkung der Löschung von Kapitalgesellschaften, ZHR 138 (1974), 50 – 79
- Hopt, Klaus J. Vertrags- und Formularhandbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht, München 1995 (zitiert: *Hopt-Bearbeiter*, Form II.C.1 Anm 1)
- Huber, Ulrich Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970 (zitiert: *Huber*, Vermögensanteil)
- Ders. Der Ausschluß des Personengesellschafters ohne wichtigen Grund, ZGR 1980, 177 – 213
- Ders. Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft, ZGR 1988, 1 – 103
- Ders. Der Ausschluß des Personengesellschafters ohne wichtigen Grund, ZGR 1980, 177 – 213
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage, Berlin, New York 1971 (zitiert, *Hueck*)
- Ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.4.1954, JZ 1954, 504
- Ders. Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft, ZHR 125 (1963), 1 – 24
- Ders. Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH, DB 1957, 37
- Hueck, Götz Gesellschaftsrecht, 19. Auflage, München 1983 (Zitiert: *Hueck*, Gesellschaftsrecht)
- Ders. Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen und Claus-Wilhelm Canaris, München 1973, S. 749 – 767 (Zitiert: *Götz Hueck*, in FS Larenz)
- Hüffer, Uwe 100 Bände BGHZ: Personengesellschaftsrecht, ZHR 151 (1987), 396
- Ders. Das Ende der Rechtspersönlichkeit von Kapitalgesellschaften – Überlegungen zur konstitutiven Wirkung der Gesellschaftslöschung und zur Zuordnung von Restvermögen-, in Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, herausgegeben im Auftrag des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität des Saarlands von Günther Jahr, Köln, Berlin, Bonn, München 1987, S. 99 – 115 (Zitiert: *Hüffer*, in Gedächtnisschrift Schultz)

- Huhn, Christoph Die Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, Köln, 2003 (Zitiert: *Huhn*)
- Hülsmann, Christoph Rechtspraktische Probleme beim Austritt von Gesellschaftern aus der GmbH, GmbHR 2003, 198
- Hunscha, Axel Die GmbH & Co. KG als Alleingesellschafterin ihrer GmbH-Komplementärin – Möglichkeiten und Grenzen der wechselseitigen Beteiligung von GmbH und KG, in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, herausgegeben in Verbindung mit der Centrale für Gesellschaften mbH Dr. Otto Schmidt, Heft 31, Köln 1974 (Zitiert: *Hunscha*, GmbH & Co. KG als Alleingesellschafterin ihrer GmbH-Komplementärin)
- Immenga, Ulrich Die personalistische Kapitalgesellschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, herausgegeben von Ernst-Joachim Mestmäcker, Band 15, Bad Homburg v. d. H. 1970 (Zitiert: *Immenga*)
- Ders. Die Minderheitsrechte des Kommanditisten, ZGR 1974, 385
- Ders. Lebendiges GmbH-Recht, ZGR 1979, 392
- Ippen, Dirk Die GmbH & Co. KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin, 1967 (Zitiert: *Ippen*, GmbH & Co. KG)
- Jaeger, Ernst Konkursordnung, Großkommentar, §§ 1 – 42, Register, bearbeitet von Wolfram Henckel, Berlin, New York 1997 (Zitiert: *Jaeger-Henckel*, KO)
- Jahnke, Volker Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 146 (1982), 595 – 624
- Jasper, Ute/Rust, Ulrich Die Zusammenlegung von GmbH-Geschäftsanteilen, DB 2000, 1549
- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, München 2003 (Zitiert: *Jauernig-Bearbeiter*)
- Kalbfleisch, Eberhard Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, Hamburg 1990 (Zitiert: *Kalbfleisch*)
- Kallmeyer, Harald Ist die Wiederbelebung einer Mantel-GmbH wirklich strenger zu behandeln als der Formwechsel einer AG in eine GmbH? – Anmerkungen zu dem BGH-Beschluss vom 7.7.2003 – II ZR 4/02, DB 2003 S. 2050, DB 2003, 2583
- Käppler, Renate Die Steuerung der Gesellschaftererbfolge in der Satzung einer GmbH, ZGR 1978, 542 – 577
- Keidel, Theodor/Kuntze, Joachim/Winkler, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit – Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 15. Auflage, München 2003 (Zitiert: *Keidel/Kuntze/Winkler-Bearbeiter*)
- Kellermann, Alfred/Stodolkowitz, Heinz Dieter Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 1990 (Zitiert: *Kellermann/Stodolkowitz*)
- Kesselmeier, Barbara Ausschließungs- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung, in: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Götz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Band 67, Köln, Berlin, Bonn, München 1988 (Zitiert: *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung)
- Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 27: Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO, 17. Auflage, München 1997 (Zitiert: *Kilger/Karsten Schmidt*)
- Klamroth, Sabine Erweitertes Haftungsrisiko der Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, BB 1972, 428
- Dies. Beteiligung einer BGB-Gesellschaft an einer Personenhandels-gesellschaft, BB 1983, 796
- Klausing, Friedrich Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, Berlin 1937 (Zitiert: *Klausing*)

- Klein, Eberhard Die Testamentsvollstreckung in Gesellschaftsbeteiligungen an offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften,
- Teil I: DStR 1992, 292
 - Teil II: DStR 1992, 326
- Kleindiek, Detlef Anmerkung zu KG Berlin, Urteil vom 11.1.2000, NZG 2000, 483
- Klumpp, Hans-Hermann Die obligatorische Gruppenvertretung – Gesellschaftsrechtliche Fragen bei Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften, erbrechtliche Folgeprobleme, ZEV 1999, 305
- Koch, Ulrich Kommanditanteil und Testamentsvollstreckung, NJW 1983, 1762
- Koch, Karl/Sarrazin, Viktor Die GmbH in der Steuergesetzgebung, in: Pro GmbH, herausgegeben von Hans Martin Schmidt, Köln 1980, S. 115 – 136
- Kögel, Steffen Vermögenslose GmbH – offene Fragen zu ihrem Ende, GmbHG 2003, 460
- Köhn, Kai Veräußerungsgeschäfte des Insolvenzschuldners (§§ 80, 81 InsO) – Ein Beitrag zu Veräußerungen, diesen zugrunde liegenden Kausalgeschäften und Möglichkeiten der Vornahme durch den Insolvenzschuldner (Zitiert: *Köhn*, Veräußerungsgeschäfte)
- Koller, Ingo/Roth, Wulf-Henning/Morck, Winfried Handelsgesetzbuch, Kommentar, München 2002 (Zitiert: *Koller/Roth/Morck-Bearbeiter*, HGB)
- Kornblum, Udo Weitere Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GmbHR 1983, 29, 61
- Kraffel, Jörg/König, Wolfgang Der Bestimmtheitsgrundsatz bei Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen – eine Neuorientierung der Rechtsprechung?, DStR 1996, 1130
- Krafka, Alexander Die wirtschaftliche Neugründung von Kapitalgesellschaften – Besprechung des Beschlusses BGH NJW 2003, 892, ZGR 2003, 577 – 590
- Kraft, Alfons Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Robert Fischer, herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Stimpel und Herbert Wiedemann, Berlin, New York 1979, S. 321 – 337 (Zitiert: *Kraft*, in FS Fischer)
- Krämer, Achim Die gesellschaftsvertragliche „Ausschließung“ aus der Personengesellschaft, NJW 1981, 2553
- Kranz, Petra Der GmbH-Anteil in Pfändung und Insolvenz (Zitiert: *Kranz*)
- Kremer, Ralf/Laux, Rainer Die Rechtsstellung des vermeintlichen Erben in der GmbH, BB 1992, 159
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns Kommentar zur Insolvenzordnung,
- Band I, Köln, Stand November 2002
 - Band II, Köln, Stand November 2002
- (Zitiert: *Kübler/Prütting-Bearbeiter*, InsO)
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Noack, Ulrich Kommentar zur Insolvenzordnung, Sonderband 1 Gesellschaftsrecht, Köln 1999 (Zitiert: *Kübler/Prütting/Noack*)
- Kübler, Friedrich Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1998 (Zitiert: *Kübler*, Gesellschaftsrecht)
- Ders. Familiengesellschaften zwischen Institution und Vertrag – Kritische Überlegungen zur richterlichen Korrektur von Ausschluß- und Abfindungsklauseln, in: Familiengesellschaften – Festschrift für Walter Sigle zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Peter Hommelhoff, Rolf Schmidt-Diemitz und Axel Sigle, Köln 2000 (Zitiert: *Kübler*, in FS Sigle)
- Kübler, Friedrich/Klose Lydia Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.9.1988, WuB II G. § 140 HGB 1. 89, S. 613
- Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm Konkursordnung, Kommentar, 11. Auflage, München 1994 (Zitiert:

Kuhn/Uhlenbruck, KO)

- Küster, Erwin
Gesellschafternachfolge und Erbgemeinschaft bei OHG und KG, in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 28, Köln 1970
- Lamprecht, Philipp
Fortsetzung der OHG bei Ausscheiden eines Gesellschafters, ZIP 1997, 919 ff.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapur, Tokio 1995 (Zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre)
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1997 (Zitiert: *Larenz/Wolf*, AT)
- Leipold, Dieter
Die Eigenverwaltung mit Sachwalter und die Eigenverwaltung bei Kleinverfahren, in: Insolvenzrecht im Umbruch – Analysen und Alternativen, Würzburger Arbeitstagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer zum Referentenentwurf einer Insolvenzordnung, herausgegeben von Dieter Leipold, Köln, Berlin, Bonn, München 1991 (Zitiert: *Leipold-Leipold*, Eigenverwaltung)
- Leßmann, Herbert
Vinkulierte Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1985, 179
- Ders.
Vinkulierungsklauseln bei der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1986, 409
- Lieb, Manfred
Haftungsprobleme beim Übergang des Gesellschaftsvermögens auf einen Kommanditisten – Besprechung der Entscheidung BGH, Urteil v.10.12. 1990 – II ZR 256/89, ZGR 1991, 572 – 578
- Lindacher, Walter F.
Die Nachgesellschaft – Prozessuale Fragen bei gelöschten Kapitalgesellschaften, in Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, herausgegeben von Walter Gerhardt, Uwe Diederichsen, Bruno Rimmelspacher und Jürgen Costede, Berlin, New York 1995, S. 549 – 562 (Zitiert: *Lindacher*, in FS Henckel)
- Löffler, Frank P.
Anmerkung zu OLG Thüringen, Urteil vom 6.11.2001, GmbHR 2002, 117
- Löffler, Joachim
Der Kernbereich der Mitgliedschaft als Schranke für Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, NJW 1989, 2656
- Loritz, Karl-Georg
Ausgewählte Rechtsfragen bei der Übertragung und Teilung von GmbH-Anteilen, in Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, herausgegeben von der Bundesnotarkammer, München 1996, S. 437 – 454 (Zitiert: *Loritz*, in FS Schippel)
- Lorz, Rainer
Der Testamentsvollstrecker und der Kernbereich der Mitgliedschaft, in: Verantwortung und Gestaltung – Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Thomas Ebenroth, Dieter Hesselberger und Manfred Eberhard Rinne, München 1996, S. 319 – 334 (Zitiert: *Lorz*, in FS Boujong)
- Lutter, Marcus
Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), 84
- Ders.
Ausschluß von Gesellschaftern, Einziehung von Geschäftsanteilen und gesellschafterliche Treuepflicht, GmbHR 1997, 1134
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter
GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000 (Zitiert: *Lutter/Hommelhoff*, § 15, Rn. 23)
- Lüttge, Jörg W.
Die zulässige Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft, NJW 1994, 5
- Maier-Reimer, Georg
Kreditsicherung und Kapitalersatz in der GmbH, in Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, herausgegeben von Gerd Pfeiffer, Günther Wiese und Klaus Zimmermann, München 1994, S. 245 – 275
- Marburger, Peter
Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Recht der Personengesellschaften?, NJW 1984, 2252

- Ders. Zum „Verzicht“ auf den Bestimmtheitsgrundsatz in einer Personenhandels-gesellschaft, ZGR 1989, 146
- Marotzke, Wolfgang Die Nachlaßzugehörigkeit ererbter Personengesellschaftsanteile und der Machtbereich des Testamentsvollstreckers nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Mai 1986, AcP 187 (1987), 223
- Ders. Haftungsverhältnisse und Probleme der Nachlaßverwaltung bei der Beerbung des einzigen Komplementärs durch den einzigen Kommanditisten – Bemerkung zum Urteil BGHZ 113. 132, ZHR 156 (1992), 17 – 44
- Martens, Klaus-Peter Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, DB 1973, 413
- Ders. Die GmbH und der Minderheitsschutz, GmbHR 1984, 265
- Mayer, Dieter Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, ZIP 1990, 976
- Mayer, Kurt Eine neue Gesellschaftsform: Die GmbH & Co. KG als „Einheitsgesellschaft“, BB 1979, 1072
- Mayer, Ulrich Mantelkauf und Mantelverwendung – (k)ein Problem ?, NJW 2000, 175
- Mecke, Thomas Vertragsändernde Mehrheitsbeschlüsse in der OHG und KG, BB 1988, 2258
- Medicus, Dieter Allgemeiner Teil des BGB – Ein Lehrbuch, 8. Auflage, Heidelberg 2002 (Zitiert: *Medicus*, AT)
- Meilicke, Wienand Droht Überregulierung für Vorratsgesellschaften?, BB 2003, 857
- Meister, Burkhardt W. Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschafterverbindlichkeiten, WM 1980, 390
- Melber, Oliver Die Kaduzierung in der GmbH, in: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Götz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Band 81, Köln, Berlin, Bonn, München 1991 (Zitiert: *Melber*)
- Mertens, Hans-Joachim Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.5.1967, JR 1967, 462
- Metzger, Hans-Michael Nochmals: Ausschließung eines Gesellschafters aus der GmbH, GmbHR 1963, 106
- Meyer, Justus Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung (I), GmbHR 2002, 177
- Meyer-Landrut, Joachim Die Auslegung einfacher Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, in Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, herausgegeben von Marcus Lutter, Hans-Joachim Mertens und Peter Ulmer, Berlin, New York 1985, S. 431 – 441 (Zitiert: *Meyer-Landrut*, in FS Stimpel)
- Meyer-Landrut, Joachim/Miller, Georg/Niehus, Rudolf J. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, Berlin, New York, 1987 (Zitiert: Meyer-Landrut/Miller/Niehus-*Bearbeiter*)
- Michalski, Lutz Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, Heidelberg, Hamburg 1980 (Zitiert: *Michalski*, Gestaltungsmöglichkeiten)
- Ders. Die Zwangseinziehung eines GmbH-Anteils im Falle der Anteilspfändung, ZIP 1991, 147
- Ders. Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz),
- Band 1: Systematische Darstellung 1 – 7, §§ 1 – 34 GmbHG
 - Band 2: §§ 35 – 86
- München 2002 (Zitiert: *Michalski-Bearbeiter*)
- Mohr, Randolf Praxisrelevante Probleme und Gestaltungshinweise bei der GmbH-Gründung, GmbHR 2003, 347
- Müller, Hans-Friedrich Das Austrittsrecht des GmbH-Gesellschafters, in: Abhandlungen zum

- deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Götz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Band 103, Köln, Berlin, Bonn, München 1996 (Zitiert: *Müller*, Austrittsrecht)
- Müller, Klaus Die Verpfändung von GmbH-Anteilen (I), GmbHR 1969, 4
- Ders. Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 19.9.1988 – II ZR 329/87, ZIP 1989, 36 = WM 1989, 133 = DB 1989, 219 = BB 1989, 102 = NJW 1989, 834 (OLG Zweibrücken), EWIR 1989, 377
- Müller, Klaus J. Folgen der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils, DB 1999, 2045 (Zitiert: *Klaus J. Müller*)
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1 – Individualarbeitsrecht 1, herausgegeben von Reinhard Richardi und Otfried Wlotzke, 2. Auflage, München 2000 (Zitiert: *MünchHandbuchArbR-Bearbeiter*)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
- Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partnerreederei, EWIV, herausgegeben von Bodo Riegger und Lutz Weipert, München 1995 (Zitiert: *MünchHandbuchGbR-Bearbeiter*)
 - Band 2: Kommanditgesellschaft, stille Gesellschaft; herausgegeben von Bodo Riegger und Lutz Weipert, München 1991 (Zitiert: *MünchHandbuchKG-Bearbeiter*)
 - Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, herausgegeben von Hans-Joachim Priester und Dieter Mayer, München 2003 (Zitiert: *MünchHandbuchGmbH-Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 7: §§ 222 – 277, herausgegeben von Bruno Kropff und Johannes Semler, 2. Auflage, München 2001 (Zitiert: *MünchKommAktG-Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker,
- Band 1: Allgemeiner Teil: §§ 1 – 240, AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001
 - Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241 – 432, FernAbsG, 4. Auflage, München 2001
 - Band 5: Schuldrecht-Besonderer Teil III: §§ 705 – 853, 3. Auflage, München 1997
 - Band 6: Sachenrecht: §§ 854 – 1296, 3. Auflage, München 1997
 - Band 9: Erbrecht: §§ 1922 – 2385, §§ 27 – 35 BerurkG, 3. Auflage, München 1997
- (Zitiert: *MünchKomm – Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 3, Zweites Buch: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Zweiter Abschnitt: Kommanditgesellschaft; Dritter Abschnitt: Stille Gesellschaft, §§ 161 – 237, Konzernrecht der Personengesellschaften, herausgegeben von Karsten Schmidt, München 2002 (Zitiert: *MünchKommHGB-Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung herausgegeben von Hans-Peter Kirchhof, Hans-Jürgen Lwowski und Rolf Stürner, München 2001
- Band 1: §§ 1 – 102 InsO, InsVV
 - Band 3: §§ 270 – 335, Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht
- (Zitiert: *MünchKommInsO-Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 3: §§ 803 – 1048, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozessrecht, herausgegeben von Gerhard Lücke und Alfred Walschhöfer, München 1992 (Zitiert: *MünchKommZPO-Bearbeiter*)
- Münchener Vertragshandbuch Band 1. Gesellschaftsrecht, herausgegeben von Martin Heidenhain und Burkhardt W. Meister, 5. Auflage, München 2000 (Zitiert: *Münchener Vertragshandbuch I-Bearbeiter*)

- Muscheler, Karlheinz Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, Tübingen 1994 (Zitiert: *Muscheler*, Haftungsordnung)
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker Insolvenzordnung, Kommentar, München, Stand Juli 2002 (Zitiert: *Nerlich/Römermann-Bearbeiter*)
- Neukamp, Ernst Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ZHR 57 (1906), 479
- Niemeier, Wilhelm Günther Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen, in: Hamburger Beiträge zum Handels-, Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht, Band 6, Heidelberg, Hamburg 1982 (Zitiert: *Niemeier*, Einziehung)
- Ders. Rechtsschutz und Bestandsschutz bei fehlerhafter Einziehung von GmbH-Anteilen, ZGR 1990, 314 – 356
- Noack, Ulrich Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, in: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 62, herausgegeben von Götz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Köln, Berlin, Bonn, München 1988 (Zitiert: *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse)
- Ders. Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994 (Zitiert: *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen)
- Oetker, Hartmut Dynamische Verweisungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem, JZ 2002, 337
- Oldenburg, Dirk Die Keinmann-GmbH – Ein unmögliches Rechtsgebilde?, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II – Rechtswissenschaft, Band 502, Frankfurt am Main, Bern, New York 1985 (Zitiert: *Oldenburg*)
- Olshausen, Eberhard von „Verfügung“ statt „Rechtshandlung“ in § 81 InsO oder: Der späte Triumph des Reichstagsabgeordneten Levin Goldschmidt, ZIP 1998, 1093
- Von Oppenfeld, Michael Die Einheitsgesellschaft – eine Abhandlung über die wechselseitig beteiligte GmbH & Co. KG, Düsseldorf 1975 (Zitiert: *Oppenfeld*, Einheitsgesellschaft)
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 62. Auflage, München 2003 (Zitiert: *Palandt-Bearbeiter*)
- Park, Sang-Geun Die Gruppenvertretung aufgrund der Vertreterklausel im Recht der Handelsgesellschaften, Bonn 1996 (Zitiert: *Park*)
- Paulick, Alfred Die Einziehungsklausel in der Satzung der GmbH, GmbHR 1978, 121
- Ders. Die GmbH ohne Gesellschafter – Eine Untersuchung zur Entstehung, Zulässigkeit und Handhabung der Keinmann-GmbH, Göttingen 1979 (Zitiert: *Paulick*)
- Peetz, Carsten Voraussetzungen und Folgen der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen – Gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme, GmbHR 2000, 749
- Ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 9.12.2002, GmbHR 2003, 229
- Ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 7.7.2003, – II ZB 4/02, GmbHR 2003, 1128
- Peltzer, Martin/Bell, Martin Besicherung von Gesellschafterkrediten mit dem GmbH-Vermögen? – ZIP 1993, 1757
- Pentz, Andreas Anmerkung zu LG Mannheim, Urteil vom 10.11.1998, NZG 1999, 825
- Petersen, Julius/Kleinfeller, Georg Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Anfechtungsgesetze, Kommentar, 4. Auflage, Lahr 1900 (Zitiert: *Petersen/Kleinfeller*, KO)
- Petzoldt, Rolf Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, DStR 1992, 1171
- Piehler, Klaus Der Ausschluß eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft (Teil II), DStR 1991, 716
- Pleyer, Klemens Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.3.1960, GmbHR 1960, 126

- Priester, Hans-Joachim Die Zusammenlegung von GmbH-Anteilen, GmbHR 1976, 130
- Ders. Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften – Begriff, Abgrenzung, Behandlung, DB 1979, 681
- Ders. Nachfolgeklauseln im GmbH-Vertrag, GmbHR 1981, 206
- Ders. Der vermeintliche Erbe als GmbH-Gesellschafter – Zur analogen Anwendung von § 16 GmbHG auf den Erbfall, GmbHR 1984, 193
- Ders. Testamentvollstreckung am GmbH-Anteil, in Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, herausgegeben von Marcus Lutter, Hans-Joachim Mertens und Peter Ulmer, Berlin, New York 1985, S. 463 – 485 (Zitiert: *Priester*, in FS Stimpel)
- Ders. Anteilsnennwert und Anteilsneubildung nach Einziehung von Geschäftsanteilen – Zum System der Mitgliedstellen in der GmbH, in Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, herausgegeben von Reinhard Goerdeler, Peter Hommelhoff, Marcus Lutter, Walter Odersky und Herbert Wiedemann, Berlin, New York 1991, S. 337 – 360 (Zitiert: *Priester*, in FS Kellermann)
- Ders. KG, Bestimmtheitsgrundsatz, Informationsrecht, Kernbereich der Mitgliedschaft, EWIR 1995, 73
- Ders. Die zwingende Einheitlichkeit des Personengesellschaftsanteils – ein überholtes Prinzip, DB 1998, 55
- Raddatz, Anselm Die Nachlaßzugehörigkeit vererbter Personengesellschaftsanteile – Folgerungen für die Rechte nachlaßbeteiligter Dritter, in: Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren Hans-Uwe Erichsen, Helmut Kollhosser und Jürgen Welp, Band 50, Berlin 1991 (Zitiert: *Raddatz*, Nachlaßzugehörigkeit)
- Raiser, Thomas Recht der Kapitalgesellschaften – Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 3. Auflage, München 2001 (Zitiert: *Raiser*, Kapitalgesellschaften)
- Rattunde, Rolf Sanierung von Großunternehmen durch Insolvenzpläne – Der Fall Herlitz, ZIP 2003, 596
- Reichert, Jochem Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH, in: Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 43, Heidelberg 1984 (Zitiert: *Reichert*, Zustimmungserfordernis)
- Ders. Der GmbH-Vertrag, München 1992
- Ders. Folgen der Anteilsvinkulierung für Umstrukturierungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften nach dem Umwandlungsgesetz 1995, GmbHR 1995, 176
- Reichert, Jochem/Winter, Martin Vinkulierungsklauseln und gesellschaftliche Treuepflicht, in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, herausgegeben von Marcus Lutter, Peter Ulmer und Wolfgang Zöllner, Köln 1992, S. 209-243 (Zitiert: *Reichert/Martin Winter*, in FS GmbH-Gesetz)
- Reichert, Jochem/Schlitt, Michael, Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen – Gesetzliche Grundlagen und Vertragsgestaltung, in Unternehmen Steuern, Festschrift für Hans Flick zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Franz Klein, Hans Peter Stihl und Franz Wassermeyer, Köln 1997, S. 217 – 243
- Reichert, Jochem/Schlitt, Michael/Düll, Alexander Die gesellschafts- und steuerrechtliche Gestaltung des Nießbrauchs an GmbH-Anteilen, GmbHR 1998, 565
- Reiff, Peter Die unbeschränkte Gesellschafterhaftung in der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Ausnahmen – Besprechung des Urteils BGHZ 150, 1, ZGR 2003, 550 – 576
- Reimann, Wolfgang Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 3.7.1989, DNotZ 1990, 191
- Reuter, Dieter Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, in Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 32, herausgegeben von Ernst Joachim Mestmäcker, Frankfurt am Main 1973 (Zitiert: *Reuter*, Perpetuie-

- rung)
- Ders. Nochmals: Das Kündigungsrecht des GmbH-Gesellschafters, GmbHR 1977, 77
- Ders. Die „Wesenselemente“ der Personengesellschaft in der neueren Rechtsprechung, GmbHR 1981, 129
- Rittstieg, Andreas Zur Problematik von Abfindungsbeschränkungen im GmbH-Recht, DB 1985, 2285
- Röhricht, Volker Zum Austritt des Gesellschafters aus der GmbH, in Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, herausgegeben von Reinhard Goerdeler, Peter Hommelhoff, Marcus Lutter, Walter Odersky und Herbert Wiedemann, Berlin, New York 1991, S. 361 – 388 (Zitiert: *Röhricht*, in FS Kellermann)
- Rohleder, Michael Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, herausgegeben in Verbindung mit der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Heft 68, Köln 1991 (Zitiert: *Rohleder*, Übertragbarkeit von Kompetenzen)
- Roitzsch, Frank Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht, in: Schriften zum Wirtschafts- und Arbeitsrecht, herausgegeben von Dieter Reuter und Franz Jürgen Säcker, Band 13, Königstein/Ts. 1981 (Zitiert: *Roitzsch*, Minderheitenschutz)
- Ronkel, Karl/Fedtke, Eberhard Einzelfragen zur Ehegatten- und Familien-GmbH, GmbHR 1968, 26
- Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997 (Zitiert: *Rosenberg/Gaul/Schilken*)
- Roth, Günter H. Einziehung des Geschäftsanteils und Dauer der Gewinnbeteiligung – Besprechung der Entscheidung BGHZ139, 299, ZGR 1999, 715 – 723
- Roth, Günter H./Altmeyen, Holger Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 3. Auflage, München 1997 (Zitiert: *Roth/Altmeyen-Bearbeiter*)
- Roth, Herbert Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ZGR 2000, 187 – 222 (Zitiert: *Herbert Roth*, ZGR 2000)
- Röttger, Robert Die Kernbereichslehre im Recht der Personenhandelsgesellschaften, Heidelberg, 1989 (Zitiert: *Röttger*)
- Rowedder, Heinz Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar,
 - 2. Auflage, München 1990 (Zitiert: *Rowedder-Bearbeiter*, 2. Auflage)
 - 3. Auflage, München 1997 (Zitiert: *Rowedder-Bearbeiter*, 3. Auflage)
 - 4. Auflage, München 2002
(Zitiert: *Rowedder/Schmidt-Leithoff-Bearbeiter*)
- Rupp, Wolfgang/Fleischmann, Guntram Probleme bei der Pfändung von Gesellschaftsanteilen, Rpfleger 1984, 223
- Säcker, Franz-Jürgen Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften – Eine Analyse der unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungsstrukturen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970 (Zitiert: *Säcker*)
- Saenger, Ingo Die im Handelsregister gelöschte GmbH im Prozeß, GmbHR 1994, 300
- Salje, Peter Kompetenzen des Beirates bei der Unternehmensveräußerung, ZIP 1989, 1526
- Sarwey, Otto von/Boßert, G. Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 4. Auflage, Berlin 1901 (Zitiert: *Sarwey/Boßert*, KO)
- Schäfer, Carsten Offene Fragen der Haftung des BGB-Gesellschafters, ZIP 2003, 1225
- Schaub, Bernhard Vorratsgesellschaften vor dem Aus?, NJW 2003, 2125
- Scheifele, Bernd Der Ausschluß aus der Gesellschaft als ultima ratio?, BB 1989, 792

- Schiessl, Maximilian Zur Zukunft des Bestimmtheitsgrundsatzes im Recht der Personengesellschaft, DB 1986, 735
- Schilling, Wolfgang Die GmbH & Co., JR 1964, 252
- Ders. Die GmbH & Co. KG als Einheitsgesellschaft, in: Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag am 6. Dezember 1974, herausgegeben von Robert Fischer, Philipp Möhring und Harry Westermann, Berlin, New York 1974, S. 67 – 80 (zitiert: Schilling, in FS Barz, S.)
- Ders. Zur Abfindung bei der Ausschließung ohne wichtigen Grund aus einer Personengesellschaft – Besprechung der Entscheidung des BGH vom 29.5.1978, ZGR 1979, 419 – 429
- Schindler, Hendrik Das Austrittsrecht in Kapitalgesellschaften – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Austrittsrecht als Mittel des Individual- und Minderheitenschutzes im deutschen und französischen Kapitalgesellschaftsrecht, in: Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Köln, begründet von Hans Carl Nipperdey, herausgegeben von Herbert Wiedemann, München 1999 (Zitiert: *Schindler*)
- Schlegelberger, Franz Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Auflage,
 - Band III, 1. Halbband: §§ 105 – 160, München 1992
 - Band III, 2. Halbband: §§ 161 – 177 a, §§ 335 – 342, München 1986
(Zitiert: *Schlegelberger-Bearbeiter*, HGB)
- Schlegelberger, Franz/ Quassowski, Leo/Herbig, Gustav/Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1939 (Zitiert: *Schlegelberger/Quassowski*, AktG)
- Schlitt, Michael Die Auswirkungen des Handelsrechtsreformgesetzes auf die Gestaltung von GmbH & Co. KG-Verträgen, NZG 1998, 580
- Ders. Die GmbH & Co. KG in der Insolvenz nach neuem Recht (1. Teil), NZG 1998, 701
- Schmidt, Andreas Ein (fast alltäglicher) Machtkampf zwischen Gesellschaftergruppen, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.1.2003 – II 227/00, GmbHR 2003, 353
- Schmidt, Hubert Zur Vollbeendigung juristischer Personen, in: Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, herausgegeben von Friedrich Wilhelm Bosch, Hans Friedhelm Gaul und Otto Sandrock, Band 127, Bielefeld 1989 (Zitiert: *Schmidt*, Vollbeendigung)
- Schmidt, Karsten Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften – Eine Untersuchung des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung, in: Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn, Band 95, Bonn 1972 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften)
- Ders. Einlage und Haftung des Kommanditisten, in: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 35, herausgegeben, Köln 1977
- Ders. Unternehmenskonkurs – Unternehmensträgerkonkurs – Gesellschafterkonkurs – Gesetzliche Grundentscheidungen zu den Koordinationsproblemen von Insolvenzrecht und Handelsrecht, in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 – 1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz – und Schiedsgerichtswesen e. V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, herausgegeben von Wilhelm Uhlenbruck, Bernd Klasmeyer und Bruno M. Kübler, Köln, Berlin, Bonn, München 1977, S. 247 – 270 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, in FS Einhundert Jahre Konkursordnung)
- Ders. Der unveräußerliche Gesamthandsanteil – ein Vollstreckungsgegenstand? – Ein Diskussionsbeitrag zur Dogmatik des § 859 ZPO, JR 1977, 177
- Ders. Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unterneh-

- men, ZIP 1980, 328
- Ders. Zum Liquidationsrecht der GmbH & Co., GmbHR 1980, 261
- Ders. Löschungsgesetz und GmbH & Co. – Zugleich über die Auflösung der Komplementär-GmbH als Auflösungsgrund der KG, BB 1980, 1497
- Ders. Ehegatten – Miteigentum oder „Eigenheim – Gesellschaft“? – Rechtszuordnungsprobleme bei gemeinschaftlichem Grundeigentum, AcP 182 (1982), 481 – 514
- Ders. Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH, ZHR 146 (1982), 525
- Ders. Die GmbH & Co. – eine Zwischenbilanz, GmbHR 1984, 272
- Ders. Die Beschlufanfechtung bei Vereinen und Personengesellschaften – Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Walter Simpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, herausgegeben von Marcus Lutter, Hans-Joachim Mertens und Peter Ulmer, Berlin, New York 1985 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, in FS Stimpel)
- Ders. Grundfälle zum Gestaltungsprozeß – Schwerpunktprobleme der Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, JuS 1986, 35
- Ders. Anwendung von Handelsrecht auf Rechtshandlungen des Konkursverwalters, NJW 1987, 1905
- Ders. Gesellschafts- und Bilanzrecht – Löschung und Beendigung der GmbH, GmbHR 1988, 209
- Ders. Die Handels-Personengesellschaft in Liquidation – Ein neues Bild des Liquidationsrechts der Gesamthandsgesellschaften, ZHR 153 (1989), 270 – 299
- Ders. Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, in Beiträge zum Insolvenzrecht, herausgegeben von Manfred Balz, Bruno M. Kübler, Franz Merz und Wolfram Timm, Band 7, Köln 1990 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht)
- Ders. Handelsrechtliche Probleme der Doppelstöckigen GmbH & Co. KG – Ketzerisches zu einer lieb gewordenen Gestaltungsvariante, DB 1990, 93
- Ders. Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften – Studien und Thesen zur Prozessführung nach §§ 17, 127, 133, 140, 142 HGB und zur notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO, in: Hamburger Beiträge zum Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht, Veröffentlichungen des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg, herausgegeben von Klaus-Peter Martens, Marian Paschke und Karsten Schmidt, Band 19, Heidelberg 1992 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, Mehrseitige Gestaltungsprozesse)
- Ders. Aktionärs- und Gesellschafterzuständigkeiten bei der Freigabe vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile, in Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, herausgegeben von Heinrich Beisse, Marcus Lutter und Heribald Närgel, Berlin, New York 1993, S. 759 – 781 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, in FS Beusch)
- Ders. Mehrheitsregelungen in GmbH & Co.-Verträgen, ZHR 158 (1994), 205
- Ders. Zur Ablösung des Löschungsgesetzes – Was ändert die Insolvenzrechtsreform für GmbH bzw. GmbH & Co.?, GmbHR 1994, 829
- Ders. Unterbrechung und Fortsetzung von Prozessen im Konkurs einer Handelsgesellschaft – Fragen und Thesen zu §§ 240 ZPO, 10 ff. KO (96 ff. InsO), KTS 1994, 309
- Ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.10.1994, JZ 1995, 313
- Ders. Grenzen und Risiken der Binnenhaftung von Kommanditisten, DB 1995, 1381
- Ders. Gesellschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München,
- 3. Auflage, 1997 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. A.)

- 4. Auflage, 2002 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht)
- Ders. HGB-Reform im Regierungsentwurf, ZIP 1997, 909, 917 f.
- Ders. HGB-Reform und gesellschaftsrechtliche Gestaltungspraxis, DB 1998, 61, 63 ff.
- Ders. Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, ZGR 1998, 633 – 671
- Ders. Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161, 2166
- Ders. Handelsrecht, 5. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999
- Ders. Die sanierende Kapitalerhöhung im Recht der Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaft, ZGR 1982, 519 – 538
- Ders. Nachlaßinsolvenzverfahren und Personengesellschaft – Überlegungen zu den §§ 131 HGB, 315 ff. InsO, in: Insolvenzrecht und Wissenschaft, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Hanns Prütting und Heinz Vallender, Köln 2000, S. 655 – 667 (Zitiert: *Karsten Schmidt*, in FS Kellermann)
- Ders. Insolvenz und Insolvenzabwicklung bei der typischen GmbH & Co. KG – Thesen und Fragen zur Verzahnung von Insolvenzverwaltung und – abwicklung bei der GmbH & Co. KG, GmbHHR 2002, 1209
- Ders. Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis – Zum Stand der Rechtsfortbildung nach den BGH-Urteilen vom 24.2.2003 und vom 7.4.2003, NJW 2003, 1897
- Schmidt, Karsten/Schulz, Wolf Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften? – Systemfragen des Unternehmenskonkurses, ZIP 1982, 1015
- Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz – Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 3. Auflage, Köln 2003 (Zitiert: Schmidt/Uhlenbruck-Bearbeiter)
- Schmidt, Ludwig Einkommensteuergesetz, 22. Auflage, München 2003 (Zitiert: Schmidt-Bearbeiter)
- Schmidt-Diemitz, Rolf Gesellschafterkonflikte in der GmbH – Gestaltungsmöglichkeiten zur Verhinderung und Lösung von Konflikten, in Gesellschaftsrecht 1999, Tagungsband zum RWS-Forum am 13. und 14. September 1999 in Berlin, herausgegeben von Karsten Schmidt und Bodo Riegger, Band 15, Köln 2000, S. 79 – 109 (Zitiert: *Schmidt-Diemitz*, RWS-Forum)
- Schneider, Herbert/Martin, Gustav Familienunternehmen und Unternehmertestament – Rechtliche und steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten der Familienunternehmen, 4. Auflage, Heidelberg 1963 (Zitiert: *Schneider/Martin*, Familienunternehmen)
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz,
- 5. Auflage, Köln-Marienburg 1964 (Zitiert: *Scholz*)
 - I. Band: §§ 1 – 44, 9. Auflage, Köln 2000 (Zitiert: *Scholz-Bearbeiter*)
 - II. Band:
 - §§ 45 – 85, 6. Auflage, Köln 1978/1983 (Zitiert: *Scholz-Bearbeiter*, 6. Auflage)
 - §§ 45 – 85, 8. Auflage, Köln 1995 (Zitiert: *Scholz-Bearbeiter*, 8. Auflage)
 - §§ 45 – 87, 9. Auflage, Köln 2002 (Zitiert.: *Scholz-Bearbeiter*)
- Ders. Der wichtige Grund, SJZ 1949, 2
- Schön, Wolfgang Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, ZHR 158 (1994), 229 – 270
- Schörnig, Michael Die obligatorische Gruppenvertretung – Ein gesellschaftsrechtliches und erbrechtliches Gestaltungsmittel, in: Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 8, Köln 2001 (Zitiert: *Schörnig*)
- Ders. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer obligatorischen Gruppenvertretung bei Personen- und Kapitalgesellschaften durch eine sog. Ver-

- treterklausel, ZEV 2002, 343
- Schröder, Henning Anmerkung zu BFH, Urteil vom 27.2.2003 – I R 46/01, GmbHR 2003, 1218
- Schuler, Hans Die Verpfändung von GmbH-Anteilen, NJW 1956, S. 689
- Ders. Die Pfändung von GmbH-Anteilen und die miterfaßten Ersatzansprüche, NJW 1960, 1423
- Ders. Einziehung gepfändeter GmbH-Anteile, NJW 1961, 2281
- Schulz, Wolf Die masselose Liquidation der GmbH – Zum Zweck von Konkurs und Liquidation am Beispiel der GmbH, in Hamburger Beiträge zum Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht, Veröffentlichungen des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg, herausgegeben von Jürgen F. Baur, Klaus Peter Martens und Karsten Schmidt, Band 13, Heidelberg 1986 (Zitiert: *Schulz*, masselose Liquidation)
- Ders. Zur Verdrängung und Ersetzung der Gesellschaftsorgane durch den Konkursverwalter, KTS 1986, 389 – 418
- Schulze-Osterloh, Joachim Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.12.1991, JZ 1993, 45
- Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozessordnung, Band 1: §§ 704 – 915 h ZPO, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1997 (Zitiert: *Schuschke/Walker-Bearbeiter*)
- Schwerdtner, Peter Das Kündigungsrecht des GmbH-Geschafters, GmbHR 1976, 101
- Seibert, Ulrich Die Entwicklung des Personengesellschaftsrechts in der Gesetzgebung, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften: Fachtagung der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht am 30. Oktober 1998, Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 5, herausgegeben von Manfred Lieb, München 1999, S. 119 – 127 (Zitiert: *Seibert*, in: Fachtagung der Bayer-Stiftung)
- Serick, Rolf Sicherungsabtretung von GmbH-Anteilen und andere Kreditsicherungsmöglichkeiten im Bereich der GmbH, GmbHR 1967, 133
- Siebert, Wolfgang Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956, 1126
- Sieger, Jürgen J./Hasselbach, Kai Praktische Probleme bei der Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1999, 633
- Sieger, Jürgen J./Mertens, Bernd Die Rechtsfolgen der Einziehung von Geschäftsanteilen einer GmbH, ZIP 1996, 1493
- Siegmann, Matthias Zur Fortbildung des Rechts der Anteilsvererbung – Grundlagen und aktuelle Fragen im Zivil- und Ertragssteuerrecht, NJW 1995, 481
- Smid, Stefan Insolvenzordnung (InsO) mit insolvenzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 2001 (Zitiert: *Smid*, InsO)
- Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch
- Band 2, Allgemeiner Teil, §§ 104 – 240 mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Mainz 1999
 - Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 – 432, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1990
 - Band 4, Schuldrecht III: §§ 705 – 853, 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1985
 - Band 5, Sachenrecht: §§ 854 – 1296, 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz (Zitiert: *Soergel-Bearbeiter*, 11. Auflage)
 - Band 6, Sachenrecht: §§ 854 – 1296, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1989
 - Band 9, Erbrecht: §§ 1922 – 2385, 12. Auflage Stand: Frühjahr 1992,

- Stuttgart, Berlin, Köln (Zitiert: *Soergel-Bearbeiter*, 12. Auflage)
- Band 23, Erbrecht 3: §§ 2274 – 2385, 13. Auflage, Stuttgart 2002
(Zitiert: *Soergel-Bearbeiter*)
- Sosnitza, Olaf
Anmerkung zu OLG Schleswig, Urteil vom 27.1.2000, NZG 2000, 705
- Soufleros, Ilias
Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, in Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, Heft 44, Köln 1983 (Zitiert: *Soufleros*, Ausschließung)
- Spiritus, Thomas
Haftungsbeeinflussende Nachlaßteilung zugleich mit erbrechtlicher Nachfolge in eine Personenhandelsgesellschaft?, in Europäische Hochschulschriften, Reihe II – Rechtswissenschaft, Band 93, Frankfurt am Main 1974 (Zitiert: *Spiritus*)
- Spitze, Peter Alexander
Der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bei Schweigen der Satzung – Rechtliche Behandlung und Ausschlussverfahren, in Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 51, Berlin 1985 (Zitiert: *Spitze*, Ausschluss)
- Staub, Hermann,
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Erster Band: §§ 1 – 177, 12. und 13. Auflage, Berlin, Leipzig 1926 (zitiert: Staub-Bearbeiter)
- Ders.
Handelsgesetzbuch, Großkommentar,
- zweiter Band, 1. Halbband: §§ 105 – 144, 3. Auflage, Berlin, New York 1973
 - zweiter Band, 2. Halbband: §§ 145 – 177; §§ 335 – 342, 3. Auflage, Berlin 1970
- (zitiert: GroßkommentarHGB-Bearbeiter, 3. Auflage)
- 12. Lieferung: §§ 105 – 113, 4. Auflage, Berlin, New York 1988
 - 19. Lieferung: §§ 114 – 122, 4. Auflage, Berlin, New York 1999
 - 17. Lieferung: §§ 123 – 130 b, 4. Auflage, Berlin, New York 1997
 - 18. Lieferung: §§ 145 – 160, 4. Auflage, Berlin, New York 1998
 - 9. Lieferung: §§ 161 – 177a, 4. Auflage, Berlin New York 1987
- (Zitiert: GroßkommentarHGB-Bearbeiter)
- Staudinger, Julius von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
- Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 12; Verschollenheitsgesetz, 13. Bearbeitung, Berlin 1995
 - Erstes Buch, Allgemeiner Teil,
 - §§ 134 – 163, Neubearbeitung 2003, Berlin
 - §§ 164 – 240, Neubearbeitung 2001, Berlin
 - Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse,
 - Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241 – 243, 13. Bearbeitung, Berlin 1995
 - §§ 328 – 361 b, Neubearbeitung 2001, Berlin
 - §§ 652 – 740, 12. Auflage, Berlin 1991 (Zitiert: *Staudinger-Bearbeiter*, 12. A.)
 - §§ 705 – 740, 13. Auflage, Berlin 2003
 - §§ 741 – 764, Neubearbeitung 2002, Berlin
 - Drittes Buch, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854 – 882, Neubearbeitung 2000, Berlin
 - Fünftes Buch Erbrecht
 - Einleitung; §§ 1922 – 1966, Neubearbeitung 2000, Berlin

- §§1967 – 2063, Neubearbeitung 2002, Berlin
- §§ 2087 – 2196, 13. Auflage, Berlin 1996
- §§ 2197 – 2264; 13. Auflage, Berlin 1996

(Zitiert: Staudinger-*Bearbeiter*)

- Stein, Friedrich/Jonas, Martin Zivilprozessordnung, Band 6: §§ 704 – 863, 21. Auflage, Tübingen 1995 (Zitiert: Stein/Jonas-*Bearbeiter*)
- Steinbeck, Anja Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten durch die GmbH – Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer?, WM 1999, 885
- Stimpel, Walter Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG – Die Befreiung vom handelsbilanziellen Denken und die Unzulässigkeit von Vermögenszuwendungen an Gesellschafter gegen hinausgeschobene schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtungen, in Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, herausgegeben von Marcus Lutter, Peter Ulmer, Wolfgang Zöllner, Köln 1992, S. 335 – 361 (Zitiert: *Stimpel*, in FS GmbHG)
- Stöber, Kurt Forderungspfändung – Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 13. Auflage, Bielefeld 2002 (Zitiert: *Stöber*, Forderungspfändung)
- Stodolkowitz, Heinz Dieter Nachlasszugehörigkeit von Personengesellschaftsanteilen, in Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, herausgegeben von Reinhard Goerdeler, Peter Hommelhoff, Marcus Lutter, Walter Odersky und Herbert Wiedemann, Berlin, New York, 1991, S. 439 – 459 (Zitiert: *Stodolkowitz*, in FS Kellermann)
- Sudhoff, Heinrich Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., Kommentar und Formularhandbuch,
- 1. Auflage, München 1967
 - 4. Auflage, München 1979
- (Zitiert: *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., 1. bzw. 4. Auflage)
- Ders. Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971, 481
- Ders. Nochmals: Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, NJW 1974, 2205
- Ders. Personengesellschaften, 7. Auflage, München 1999
- Ders. GmbH & Co. KG, 5. Auflage, München 2000
- Ders. Unternehmensnachfolge, 4. Auflage, München 2000
- Sudhoff, Heinrich/Sudhoff, Martin Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, Systematischer Kommentar mit Formular- und Texthandbuch, 8. Auflage, München 1992 (Zitiert: *Sudhoff*, Gesellschaftsvertrag)
- Teichmann, Arndt Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, in: Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Band 27, München 1970 (Zitiert: *Teichmann*)
- Tempel, Otto Zwangsvollstreckung in Grundpfandrechte, JuS 1967, 75
- Thaeter, Ralf Von Mänteln und Vorräten – zur Figur der wirtschaftlichen Neugründung – Zugleich Anmerkung zu BGH Beschluss vom 7.7.2003 – II ZB 4/02, DB 2003 S. 2055, DB 2003, 2112
- Thiele, Wolfgang Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln, Berlin, Bonn, München 1966 (Zitiert: *Thiele*)
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Reichold, Klaus/Hülstege, Rainer Zivilprozessordnung, 24. Auflage, München 2002 (Zitiert: Thomas/Putzo-*Bearbeiter*)
- Topf-Schleuning, Maren Einfache Kündigungsklauseln in GmbH-Satzungen, in: Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 70, Heidelberg 1993 (Zitiert: *Topf-Schleuning*, Kündigungsklauseln)

- Treeck, Joachim Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, in Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 7, Berlin 1968 (Zitiert: *Treeck*, Doppelgesellschaft)
- Treffer, Christian Auswirkungen der GmbH-Insolvenz auf das Binnenrecht der Gesellschaft, GmbHR 2002, 205
- Tschernig, Klaus Der Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss, GmbHR 1999, 691
- Uhlenbruck, Wilhelm Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Auflage, Köln 1988
- Ders. Mit der Insolvenzordnung 1999 in das neue Jahrtausend – Kritisches und Unkritisches zu einem „Jahrhundertgesetz“, NZI 1998, 1
- Ders. Insolvenzordnung, Kommentar, 12. Auflage, München 2003 (Zitiert: *Uhlenbruck-Bearbeiter*, InsO)
- Ulmer, Peter Die Sonderzuordnung des vererbten OHG-Anteils – zum Einfluß von Testamentvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs auf die Gesellschaftsbeteiligung, in: Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag am 5. Juni 1973, herausgegeben von Robert Fischer und Wolfgang Hefermehl, Berlin, New York 1973, S. 79 – 104 (Zitiert: *Ulmer*, in FS Schilling)
- Ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.5.1976, BB 1976, 950
- Ders. Testamentvollstreckung an Kommanditanteilen, ZHR 146 (1982), 555 – 579
- Ders. Nachlaßzugehörigkeit vererbter Personengesellschaftsbeteiligungen, NJW 1984, 1496
- Ders. Die Sicherung der GmbH gegen das Überfremdungsrisiko in der Insolvenz eines Gesellschafters, ZHR 149 (1985), 28 – 41
- Ders. Testamentvollstreckung am Kommanditanteil – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, NJW 1990, 73
- Ders. Abfindungsklauseln in Personengesellschafts- und GmbH-Verträgen, in Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, herausgegeben von Harm Peter Westermann und Wolfgang Rosener, Berlin, New York 1991, S. 477 – 503 (Zitiert: *Ulmer*, in FS Quack)
- Ders. Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen und Ausschließung von GmbH-Gesellschaftern aus wichtigem Grund – Wirksamkeit schon vor Abfindung des betroffenen Gesellschafters? -, in Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Manfred Löwisch, Christian Schmidt-Leithoff und Burkhard Schmiedel, München 1991, S. 735 – 755 (Zitiert: *Ulmer*, in FS Rittner)
- Ders. Hundert Jahre Personengesellschaftsrecht: Rechtsfortbildung bei OHG und KG, ZHR 161 (1997), 102
- Ders. Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen ?, AcP 198 (1998), 113 – 151
- Ders. Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft, ZIP 2003, 1113
- Ulmer, Peter/Brandner, E-
rich/Hensen, Horst-Dieter AGB-Gesetz, Kommentar, 8. Auflage, Köln 1997 (Zitiert: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG)
- Ulmer, Peter/Schäfer, Carsten Die rechtliche Beurteilung vertraglicher Abfindungsbeschränkungen bei nachträglich eintretendem grobem Missverhältnis – Besprechung der Entscheidung BGHZ 123, 281, ZGR 1995, 134
- Dies. Die Zugriffsmöglichkeiten der Nachlass- und Privatgläubiger auf den durch Sondervererbung übergebenen Anteil an einer Personengesellschaft, ZHR 160 (1996), 413 – 442
- Ulrich, Hanns Formzwang und Gestaltungsgrenzen bei Sonderrechten und Nebenleistungspflichten in der GmbH, ZGR 1985, 235 – 264
- Vallender, Heinz Eigenverwaltung im Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerautonomie, WM 1998, 2129

- Ders. Auflösung und Löschung der GmbH – Veränderungen aufgrund des neuen Insolvenzrechts, NZG 1998, 249
- Van Venrooy, Gerd J. Der enttäuschte Finanzanleger im GmbH-Recht, GmbHR 1992, 141
- Ders. Einziehung im Gesellschafter-Konkurs und Treuepflicht, GmbHR 1995, 339
- Vins, Luitbert Kann im Gründungsvertrag einer G. m. b. H. unter Zustimmung aller Gesellschafter rechtswirksam vereinbart werden, daß der Geschäftsanteil eines Gesellschafters mit dessen Tode nicht seinen Erben, sondern Dritten zustehen soll?, ZHR 86 (1923), 325
- Vogel, Wolfgang Die Kündigung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Festschrift für Alexander Knur, herausgegeben von Werner Flume und Richard Hamm, München 1972, S. 259 – 279 (Zitiert: *Vogel*, in FS Knur)
- Volhard, Rüdiger Kann die GmbH-Satzung die Einziehung des Geschäftsanteils eines Auflösungsklägers vorsehen, GmbHR 1995, 617
- Vollmer, Lothar Die mitbestimmte GmbH – Gesetzliches Normalstatut, mitbestimmungsrechtliche Satzungen und gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz, ZGR 1979, 135
- Ders. Mehrheitskompetenzen und Minderheitenschutz bei der Gewinnverwendung nach künftigem GmbH-Recht, DB 1983, 93
- Voormann, Volker Der Beirat im Gesellschaftsrecht, in Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Götz Hueck, Marcus Lutter und Wolfgang Zöllner, Band 32, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1990 (Zitiert: *Voormann*, Der Beirat)
- Wacke, Andreas Dolo facit, qui petit quod (statim) redditurus est, JA 1982, 477
- Wallenhorst, Rolf § 15 a des Einkommenssteuergesetzes: Ein Beitrag zur leistungsbezogenen Einkommensbesteuerung und das Ende der Verlustzuweisung?, BB 1981, 546
- Weber, Dolf/Jansen, Michael Unbeschränkt haftende Kommanditisten in der GmbH & Co. KG, NJW 1971, 1678
- Weimar, Robert Einmann-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts?, ZIP 1997, 1769
- Weimar, Robert/Geitzhaus, Georg Die GmbH & Co. KG vor den Toren des GmbH-Rechts, (I): DB 1987, 2026, (II): DB 1987, 2085
- Weipert, Lutz Anmerkung zu BGH, Urteil vom 8.10.1953, JR 1954, 60
- Ders. Die Mitgliedschaft zur gesamten Hand in Personengesellschaften, in Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, herausgegeben von Harm Peter Westermann und Klaus Mock, Berlin, New York 2000, S. 439 – 448
- Ders., Die Erbengemeinschaft als Mitglied einer Personengesellschaft, ZEV 2002, 300
- Wellhöfer, Werner Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters in der Gesellschaftspraxis, GmbHR 1994, 212
- Wenninger, Robert Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.11.1998, ZEV 1990, 445
- Wertenbruch, Johannes BGB-Gesellschaft als Kommanditistin – oder: Der lange Weg zur Anerkennung im Rechtsverkehr, BB 2001, 737
- Westermann, Harm Peter Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Heidelberg, New York 1970 (Zitiert: *H. P. Westermann*)
- Ders. Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, AcP 175 (1975), 375
- Ders. Die geltungserhaltende Reduktion im System der Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, herausgegeben von Marcus Lutter, Hans-Joachim Mertens und Peter Ulmer, Berlin, New York 1985, S. 69 – 92 (Zitiert: *H. P.*

- Westermann*, in FS Stimpel)
- Ders. Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 26.11.1996, EWiR 1997, 301
- Westermann, Harm Peter/Klingberg, Dietgard Vorkaufsrecht im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, herausgegeben von Harm Peter Westermann und Wolfgang Rosener, Berlin, New York 1991, S. 545 – 566 (Zitiert: *Westermann/Klingberg*, in FS Quack)
- Westermann, Harry Personengesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 1979 (Zitiert: *Westermann*, Personengesellschaftsrecht)
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, in: Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Band 18, München, Berlin 1965 (Zitiert: *Wiedemann*, Mitgliedschaft)
- Ders. GmbH-Anteile in der Erbengemeinschaft, GmbHR 1969, 247
- Ders. Kapitalerhöhung in der Publikums-KG, ZGR 1977, 690
- Ders. Das Abfindungsrecht – ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich, ZGR 1978, 478 – 497
- Ders. Die Zukunft des Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Robert Fischer, herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Stimpel und Herbert Wiedemann, Berlin New York 1979, S. 883 – 903 (Zitiert: *Wiedemann*, in FS Fischer)
- Ders. Gesellschaftsrecht, Band I – Grundlagen, München 1980 (Zitiert: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht)
- Ders. Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7
- Ders. Die Personenunabhängigkeit der Personengesellschaft, in Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, herausgegeben von Haimo Schack, München 2000, S. 839 – 860 (Zitiert: *Wiedemann*, in Gedächtnisschrift Lüderitz)
- Wiedemann, Herbert/Frey, Kaspar Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, in: Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort, Band 8, München 2002 (Zitiert: Wiedemann, PdW)
- Wieland, Karl Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Dritte Abteilung, erster Teil, erster Band: Handelsrecht I. Band – Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München, Leipzig 1921 (Zitiert: *Wieland*, Handelsrecht I)
- Wiethölter, Rudolf Die GmbH & Co. KG – Chancen und Grenzen, in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co., Köln 1967, S. 11 – 54 (Zitiert: *Wiethölter*, GmbH & Co. KG)
- Wilhelm, Jan Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln, Berlin, Bonn, München 1981 (Zitiert: *Wilhelm*)
- Winkler, Karl Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das Recht der Personengesellschaften, in: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, herausgegeben in Verbindung mit der Centrale für Gesellschaften mbH Dr. Otto Schmidt, Heft 14, Köln 1967 (Zitiert: *Winkler*, Lückenausfüllung)
- Ders. Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH, GmbHR 1972, 73
- Winnefeld, Robert Löschung oder Fortbestand einer vermögenslosen GmbH?, BB 1975, 70
- Winter, Heinz Anmerkung zu OIG Düsseldorf, Urteil vom 27.2.1964, GmbHR 1964, 251
- Ders. Die Einziehung gepfändeter Geschäftsanteile auf Grund statutarischer Ermächtigung, GmbHR 1967, 201
- Wolany, Josef Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, in: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, herausgegeben in Verbindung mit der Centrale für Gesellschaften mbH Dr. Otto Schmidt, Heft 10, Köln 1964 (Zitiert: *Wolany*, Rechte und Pflichten)
- Wolff, Lutz-Christian Das Schicksal eingezogener GmbH-Geschäftsanteile und alternative Satzungsregelungen, GmbHR 1999, 958

- Wössner, Jörg Akzessorische Gesellschafterhaftung und „Vielgestaltigkeit“ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Widerspruch?, ZIP 2003, 1235
- Wurm, Carl/Wagner, Hermann/Zartmann, Hugo Das Rechtsformularbuch – Praktische Erläuterungen und Muster für das Bürgerliche Recht, Arbeits-, Handels und Gesellschaftsrecht mit steuer- und kostenrechtlichen Hinweisen, 12. Auflage, Köln 1989 (Zitiert: Wurm/Wagner/Zartmann-Bearbeiter)
- Zacharias, Franzjosef Die neue BGH-Rechtsprechung zur Haftung neuer GbR-Gesellschafter für Altverbindlichkeiten – Existenzbedrohung für Freiberufler?, BB 2003, 1916
- Zimmermann, Klaus Genehmigung des Geschäftsführers zur Abtretung von GmbH- Geschäftsanteilen, BB 1966, 1171
- Zöller, Richard Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Köln 2002 (Zitiert: Zöller-Bearbeiter)
- Zöllner, Wolfgang Das Stimmrecht bei Veräußerung vinkulierter Geschäftsanteile, GmbHR 1968, 177
- Ders. Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, in: Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, herausgegeben von H. C. Nipperdey, Band 15, München, Berlin 1963 (Zitiert: Zöllner, Stimmrechtsmacht)
- Zunft Tritt bei § 7 KO relative oder absolute Unwirksamkeit ein, NJW 1956, 735

Lebenslauf

Zattler Marc

Persönliche Informationen

- Nationalität: Deutsch
- Geburtsdatum: 01/08/1973
- Geburtsort: Metzingen

Ausbildung

09/1980 – 07/1984	Grundschule Geisenhausen
09/1984 – 07/1993	Staatliches Gymnasium Vilsbiburg
1993	Hochschulreife
09/1993 – 11/1994	Zivildienst
11/1994 – 07/1999	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg
1999	1. Juristisches Staatsexamen
2001	2. Juristisches Staatsexamen

Tätigkeit

- 12/2001 – 01/2002: Tätigkeit als nebenberuflicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht Prof. Dr. Jörg Fritzsche
 - 02/2002 – 31/01/2004: Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent a.Z. mit der Hälfte der regulären Arbeitszeit
- 12/2001 – 31/01/2004
- Seit 02/2004 Tätigkeit als Rechtsanwalt in München bzw. Freising